Universiteit Leiden
The Netherlands

De overeenkomst van internet service providers met consumenten

Siemerink, L.A.R.

Citation
Siemerink, L. A. R. (2007, March 15). *De overeenkomst van internet service providers met consumenten*. Kluwer, Deventer|E.M. Meijers Institute, Faculty of Law, Leiden University. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/11413

Version:	Corrected Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/11413

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten

De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 15 maart 2007
klokke 15.00 uur

door

Leonie Anna Rika Siemerink

geboren te Enschede in 1973

Promotiecommissie:

Promotor:	prof. mr. H. Franken
Referent:	prof. mr. drs. C. Stuurman (Universiteit van Tilburg)
Overige leden:	prof. mr. R.E. van Esch
	prof. mr. Jac. Hijma
	prof. mr. N.J.H. Huls (Erasmus Universiteit Rotterdam, Universiteit Leiden)
	prof. mr. A.H.J. Schmidt

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2007 L.A.R. Siemerink

Van dit proefschrift is bij uitgeverij KLuwer te Deventer een handelseditie verschenen in de serie Recht en Praktijk onder nummer 149.

ISBN 90-1304-357-7

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Voor mijn ouders
in herinnering

Woord vooraf

In de vierde klas van de middelbare school maakte ik voor het eerst kennis met de computer. Tijdens mijn rechtenstudie heb ik voor het schrijven van practicum- en privatissimum-opdrachten civiel recht mijn eigen computer aangeschaft. In de eindfase van mijn studie ging ik mij interesseren voor het medium internet en volgde ik het toen voor het eerst gegeven vak recht en internet. Mijn afstudeerscriptie schreef ik vervolgens op het gebied van recht en internet. Gedurende een uitwisseling met de University of Connecticut, School of law in de Verenigde Staten ontdekte ik het gebruik van e-mail, de manier om vanaf de andere kant van de wereld contact te onderhouden met Nederland. Na mijn afstuderen werd ik onderzoeker bij eLaw@Leiden. De PC en het internet maakten intussen deel uit van mijn dagelijkse leven toen ik met dit promotieonderzoek startte.

Inmiddels zijn de PC en het internet niet meer weg te denken uit het dagelijkse (werk)leven van de meeste Nederlanders. Nederlandse consumenten gebruiken hun PC vaker dan de rest van de westerse wereld, onder meer dankzij de lage prijs voor breedband internet. Bijna 80 procent van de Nederlandse huishoudens heeft tegenwoordig toegang tot het internet. E-mailen en websurfen doen we het meest, chatten staat op de derde plaats. Daarnaast winkelt 30 procent van de Nederlandse consumenten wel eens via internet en maken we gebruik van internetbankieren. De technische ontwikkelingen gaan door, internet, (mobiele) telefonie, TV en radio convergeren en digitaliseren waardoor er nieuwe activiteiten ontstaan zoals telefoneren over IP en online TV-kijken.

Het internet is en blijft een boeiend medium, zeker ook voor juristen en dat heeft er toe geleid dat dit eindresultaat nu voor u ligt. Het schrijven van een proefschrift is ook met behulp van de PC en het internet nog steeds een enorm project. Hierbij dank ik dan ook iedereen die inhoudelijk dan wel aangenaam noodzakelijk afleidend aan de totstandkoming van dit proefschrift heeft bijgedragen. Alexander bedank ik in het bijzonder, voor zijn steun, liefde, maar vooral voor zijn eindeloze geduld.

Leiden, oktober 2006

Verkorte inhoudsopgave

1 INLEIDING 1
1.1 Internet Service Providers (ISP's) 1
1.2 Maatschappelijke relevantie ISP's 2
1.3 Algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik en ISP's 3
1.4 De betekenis van de beginselen in dit onderzoek 6
1.5 Probleemstelling 7
1.6 Plan van aanpak 8

2 FUNCTIES EN DIENSTEN VAN ISP'S 11
2.1 Begrippenkader 11
2.2 Het begrip 'Internet Service Provider' 12
2.3 Indeling functies en diensten ISP's 18
2.4 Conclusie 22

3 TOTSTANDKOMING VAN ISP-OVEREENKOMSTEN 25
3.1 Precontractuele fase 25
3.2 Een beeld van de praktijk 26
3.3 Aanbod en aanvaarding 26
3.4 Aanbod en aanvaarding op afstand 31
3.5 Aanbod en aanvaarding elektronisch 50
3.6 Aanbod en aanvaarding en de TW 66
3.7 Toepasselijkheid algemene voorwaarden in ISP-overeenkomsten 69
3.8 Conclusie 75

4 INHOUD VAN ISP-OVEREENKOMSTEN 77
4.1 Contractuele fase 77
4.2 Kernbeding en algemene voorwaarden van ISP-overeenkomsten 77
4.3 Algemene voorwaarden ISP-overeenkomsten 80
4.4 Een beeld van de praktijk 129
4.5 Conclusie 163

5 BEËINDIGING VAN ISP-OVEREENKOMSTEN 169
5.1 Postcontractuele fase 169
5.2 Opzegging van ISP-overeenkomsten 169
5.3 Opschorting en ontbinding van ISP-overeenkomsten 179
5.4 Rechtsgevolgen van beëindiging van ISP-overeenkomsten 196
5.5 Conclusie 203

6 AANSPRAKELIJKHEID IN ISP-OVEREENKOMSTEN 207
6.1 Beperking en uitsluiting van aansprakelijkheid 207
6.2 Aansprakelijkheid en functies van ISP's 207
6.3 Exoneratiebedingen in ISP-overeenkomsten 246
6.4 Conclusie 283

7 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN 289
7.1 ISP-overeenkomsten 289
7.2 Algemene bedingen 290
7.3 Specifieke bedingen 298
7.4 Aanbevelingen 317

Bijlage: Een beeld van ISP-overeenkomsten 335

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF VII
LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN XVII

1 INLEIDING 1
1.1 Internet Service Providers (ISP's) 1
1.2 Maatschappelijke relevantie ISP's 2
1.3 Algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik en ISP's 3
1.3.1 Beschikbaarheid 3
1.3.2 Vertrouwelijkheid 4
1.3.3 Integriteit 5
1.3.4 Authenticiteit 5
1.3.5 Flexibiliteit 6
1.3.6 Transparantie 6
1.4 De betekenis van de beginselen in dit onderzoek 6
1.5 Probleemstelling 7
1.6 Plan van aanpak 8

2 FUNCTIES EN DIENSTEN VAN ISP'S 11
2.1 Begrippenkader 11
2.2 Het begrip 'Internet Service Provider' 12
2.2.1 Nederlandse rechtsliteratuur 12
2.2.1.1 Networkproviders 12
2.2.1.2 Accessproviders 13
2.2.1.3 Serviceproviders 13
2.2.1.4 Informationproviders 14
2.2.2 Richtlijn en Aanpassingswet inzake elektronische handel 15
2.2.2.1 Mere conduit 16
2.2.2.2 Caching 17
2.2.2.3 Hosting 17
2.3 Indeling functies en diensten ISP's 18
2.3.1 Opmerkingen 18
2.3.2 Indeling onderzoek 19
2.3.2.1 Access 20
2.3.2.2 Hosting 21
2.3.2.3 Extra value 21
2.3.2.4 Content 22
2.4 Conclusie 22

3 TOTSTANDKOMING VAN ISP-OVEREENKOMSTEN 25
3.1 Precontractuele fase 25
3.2 Een beeld van de praktijk 26
3.3 Aanbod en aanvaarding 26
3.3.1 Aanbod ISP 27
3.3.2 Aanvaarding klant 29
3.4 Aanbod en aanvaarding op afstand 31
3.4.1 Begripsbepalingen 32
3.4.2 Informatie voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst 33
3.4.3 Informatie na het sluiten van de overeenkomst 36
3.4.4 Ontbindingsrecht c.q. herroepingsrecht 40
3.4.4.1 Instemming 42
3.4.4.2 De praktijk 46
3.4.5 Opmerkingen 48
3.5 Aanbod en aanvaarding elektronisch 50
3.5.1 Begripsbepalingen 51
3.5.2 Informatie voor het sluiten van de overeenkomst 52
3.5.2.1 Algemene informatieplichten 53
3.5.2.2 Informatieplichten bij het sluiten van de overeenkomst langs elektronische weg 55
3.5.3 Sancties 58
3.5.4 De totstandkoming van de elektronische overeenkomst 60
3.5.5 Elektronische handtekening 63
3.5.6 Privacybescherming 64
3.5.7 Opmerkingen 65
3.6 Aanbod en aanvaarding en de TW 66
3.6.1 Begripsbepalingen 66
3.6.2 Informatie voor of bij het sluiten van de overeenkomst 66
3.6.3 Opmerkingen 68
3.7 Toepasselijkheid algemene voorwaarden in ISP-overeenkomsten 69
3.7.1 Begripsbepalingen 69
3.7.2 Toepasselijkheid 70
3.7.2.1 Aanvaarding 70
3.7.2.2 Informatieplicht 72
3.7.3 Opmerkingen 74
3.8 Conclusie 75

4 INHOUD VAN ISP-OVEREENKOMSTEN 77
4.1 Contractuele fase 77
4.2 Kernbeding en algemene voorwaarden van ISP-overeenkomsten 77
4.3 Algemene voorwaarden ISP-overeenkomsten 80
4.3.1 Inhoud algemene voorwaarden onredelijk bezwarend 81
4.3.1.1 Zwarte en grijze lijst 82
4.3.1.2 Reflexwerking 83
4.3.2 De aard van de ISP-overeenkomst 84
4.3.2.1 Koopovereenkomst en huurovereenkomst 84
4.3.2.2 Overeenkomst van opdracht 88
4.3.2.3 Gemengde overeenkomst 90

4.3.2.4 Duurovereenkomst 95
4.3.2.5 Inspanningsverbintenis c.q. resultaatsverbintenis 99
4.3.2.6 Marktpositie 108
4.3.2.7 Gedragscodes 108
4.3.3 Overige inhoud van de ISP-overeenkomst 121
4.3.4 De wijze waarop de algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen 123
4.3.5 De wederzijds kenbare belangen van ISP en klant 124
4.3.6 De overige omstandigheden van het geval 125
4.3.6.1 Hoedanigheid van partijen 125
4.3.6.2 Bewust zijn strekking beding 126
4.3.6.3 Afwijking van regelend recht 126
4.3.6.4 Overige omstandigheden 127
4.3.7 Criteria inhoud algemene voorwaarden ISP-overeenkomsten 127
4.4 Een beeld van de praktijk 129
4.4.1 Zwarte bedingen in ISP-overeenkomsten 130
4.4.1.1 Beoordeling tekortkoming ISP: art. 6:236 sub d BW (subjectief criterium) 130
4.4.1.2 Toestemming voor schuld- of contractsoverneming: art. 6:236 sub e BW 134
4.4.1.3 Bevoegdheden en verweermiddelen bij schuld- of contracts-overneming: art. 6:236 sub f BW 136
4.4.1.4 Verkorting verjarings- of vervaltermijn: art. 6:236 sub g BW 136
4.4.1.5 Prijsverhoging: art. 6:236 sub i BW 136
4.4.1.6 Bewijsbedingen: art. 6:236 sub k BW 137
4.4.1.7 Vorm en werking van verklaringen: art. 6:236 sub l BW 139
4.4.1.8 Woonplaatskeuze: art. 6:236 sub m jo. 6:236 sub l BW 140
4.4.1.9 Geschillenbeslechting: art. 6:236 sub n BW 140
4.4.2 Grijze bedingen in ISP-overeenkomsten 142
4.4.2.1 Termijn voor reactie op aanbod of verklaring: art. 6:237 sub a BW 143
4.4.2.2 Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking) 144
4.4.2.3 Wijzigingsbevoegdheid: art. 6:237 sub c BW 150
4.4.2.4 Vage of te lange levertijden: art. 6:237 sub e BW 151
4.4.2.5 Vervalbedingen: art. 6:237 sub h BW 152
4.4.2.6 Contractsdwang: art. 6:237 sub j BW 152
4.4.3 Overige (onredelijk bezwarende) bedingen 155
4.4.3.1 De aard van de ISP-overeenkomst 155
4.4.3.2 Overige inhoud van de ISP-overeenkomst 158
4.4.3.3 De wederzijds kenbare belangen van ISP en klant 159
4.4.3.4 De overige omstandigheden van het geval 160
4.4.4 Gevolgen onredelijk bezwarend beding 162
4.5 Conclusie 163

5 BEËINDIGING VAN ISP-OVEREENKOMSTEN 169
5.1 Postcontractuele fase 169
5.2 Opzegging van ISP-overeenkomsten 169
5.2.1 Opzegging 170

5.2.2 Opzeggingsbedingen in ISP-overeenkomsten 174
5.2.2.1 Stilzwijgende verlenging van de overeenkomst: art. 6:236 sub j BW 174
5.2.2.2 Vorm en werking van verklaringen: art. 6:236 sub l BW 175
5.2.2.3 Contractsduur: art. 6:237 sub k BW 176
5.2.2.4 Opzegtermijn: art. 6:237 sub l BW 177
5.2.2.5 Overige (onredelijk bezwarende) bedingen 178
5.3 Opschorting en ontbinding van ISP-overeenkomsten 179
5.3.1 Opschorting 179
5.3.2 Ontbinding 181
5.3.3 Opschortings- en ontbindingsbedingen in ISP-overeenkomsten 183
5.3.3.1 Uitsluiting/beperking ontbindingsrecht: art. 6:236 sub b BW 184
5.3.3.2 Uitsluiting/beperking c.q. uitbreiding opschortingsrecht: art. 6:236 sub c BW 184
5.3.3.3 Beëindiging van de overeenkomst door de ISP: art. 6:237 sub d BW 186
5.3.3.4 Rubricering opschortings- en ontbindingsgronden 187
5.4 Rechtsgevolgen van beëindiging van ISP-overeenkomsten 196
5.4.1 Rechtsgevolgen van opzegging 196
5.4.2 Rechtsgevolgen van opschorting en ontbinding 197
5.4.3 Rechtsgevolgen van beëindiging in ISP-overeenkomsten 198
5.4.3.1 Vergoeding bij beëindiging van de overeenkomst door de klant: art. 6:237 sub i BW 198
5.4.3.2 Overige (onredelijk bezwarende) bedingen: rechtsgevolgen opschorting 199
5.4.3.3 Overige (onredelijk bezwarende) bedingen: rechtsgevolgen beëindiging 200
5.5 Conclusie 203

6 AANSPRAKELIJKHEID IN ISP-OVEREENKOMSTEN 207
6.1 Beperking en uitsluiting van aansprakelijkheid 207
6.2 Aansprakelijkheid en functies van ISP's 207
6.2.1 Wetgeving 208
6.2.1.1 Nota WES 208
6.2.1.2 Richtlijn en Aanpassingswet inzake elektronische handel 209
6.2.2 Jurisprudentie 214
6.2.2.1 Informatie 214
6.2.2.2 Persoonsgegevens 219
6.2.2.3 E-mail 224
6.2.3 Notice and take down procedure 225
6.2.4 Aansprakelijkheidspositie ISP 228
6.2.4.1 Access 230
6.2.4.2 Hosting 235
6.2.4.3 Extra value 241
6.2.4.4 Content 244
6.3 Exoneratiebedingen in ISP-overeenkomsten 246
6.3.1 Exoneratiebedingen 246
6.3.1.1 Het begrip exoneratiebeding 247
6.3.1.2 Waarvoor exonereren 248
6.3.1.3 Geoorloofdheid van exoneraties 249

6.3.1.4 Toetsingscriteria exoneratiebeding 254
6.3.2 Exoneratiebedingen in de praktijk 256
6.3.2.1 Vrijwaringsbeding: art. 6:236 sub h BW 256
6.3.2.2 Exoneratiebeding: art. 6:237 sub f BW 261
6.3.2.3 Overmachtbeding: art. 6:237 sub f BW 279
6.4 Conclusie 283

7 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN 289
7.1 ISP-overeenkomsten 289
7.2 Algemene bedingen 290
7.2.1 Algemene bepalingen 290
7.2.1.1 Definities 290
7.2.1.2 Totstandkoming overeenkomst 291
7.2.1.3 Toepasselijkheid algemene voorwaarden 292
7.2.1.4 Wijziging algemene voorwaarden 293
7.2.1.5 Gevolgen onredelijk bezwarend beding 294
7.2.2 Duur en beëindiging 294
7.2.2.1 Opzegging 294
7.2.2.2 Ontbinding 295
7.2.2.3 Rechtsgevolgen van beëindiging 296
7.2.3 Vergoedingen en betalingen 297
7.2.4 Geschillenbeslechting en toepasselijk recht 297
7.3 Specifieke bedingen 298
7.3.1 Diensten en beheer 298
7.3.1.1 Access 298
7.3.1.2 Hosting 299
7.3.1.3 Extra value 299
7.3.1.4 Content 300
7.3.1.5 Beheer 300
7.3.2 Verplichtingen van de ISP 301
7.3.3 Verplichtingen van de klant 302
7.3.3.1 Zorgvuldig gebruik 303
7.3.3.2 Wijzigingen in relevante gegevens moeten worden meegedeeld 303
7.3.3.3 Geen hinder en schade toebrengen 304
7.3.3.4 Wet naleven en gedragsregels in acht nemen 304
7.3.3.5 Toegang tot het systeem mogelijk maken 305
7.3.3.6 Hoeveelheid schrijfruimte niet overschrijden 305
7.3.4 Aansprakelijkheid 305
7.3.4.1 Alle of meerdere functies 307
7.3.4.2 Access 308
7.3.4.3 Hosting 309
7.3.4.4 Extra value 311
7.3.4.5 Content 311
7.3.4.6 Aansprakelijkheid van de klant 312
7.3.5 Overmacht 313
7.3.6 Sanctiemogelijkheden 314
7.3.6.1 Termijn met voorwaarden 314
7.3.6.2 Extra kosten in rekening brengen 314

7.3.6.3 Opschorting 315
7.3.6.4 Ontbinding 315
7.3.6.5 Andere maatregelen 315
7.3.6.6 Redelijkheid sanctie 316
7.3.7 Privacy 316
7.4 Aanbevelingen 317

SAMENVATTING 323
SUMMARY 329
BIJLAGE: EEN BEELD VAN ISP-OVEREENKOMSTEN 335
LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR 393
JURISPRUDENTIEOVERZICHT 405
TREFWOORDENREGISTER 409
CURRICULUM VITAE 413

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
ADSL	*Asymmetric digital subscriber line*
AMI	Tijdschrift voor Auteurs-, Media- en Informatierecht
art(t).	artikel(en)
A&V	Aansprakelijkheid & Verzekering
AW	Auteurswet
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
B2B	*Business to business*
B2C	*Business to consumer*
BKR	Bureau Kredietregistratie
BOF	Stichting *Bits of Freedom*
BUDE	Besluit Universele Dienstverlening en Eindgebruikersbelangen
B.V.	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CBP	College Bescherming Persoonsgegevens
CCA	Commissie voor Consumentenaangelegenheden
CRi	*Computer und Recht international*
CZ	Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg
DD	Delict en Delinquent
DMCA	*Digital Millennium Copyright Act*
DNS	*Domainnameserver*
DVD	*Digital video disc*
e	*electronic*
ECP.NL	Electronic Commerce Platform Nederland, Platform voor *e*Nederland
EG	Europese Gemeenschap
E.I.P.R.	*European Intellectual Property Review*
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FTP	*File Transfer Protocol*
FW	Faillissementswet
Gb	*Gigabite*
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HTML	*Hyper Text Mark-up*
HTTP	*Hyper Text Transfer Protocol*
HvJ	Hof van Justitie
ICT	Informatie- en Communicatietechnologie
IER	Tijdschrift voor Intellectuele Eigendomsrechten
i&i	informatie & informatietechnologie (Tijdschrift)

IP	*Internet Protocol*
IRC	*Internet Relay Chat*
ISDN	*Integrated Services Digital Network*
ISP('s)	Internet Service Provider(s)
ISPO	Internet Service Provider Overleg
IT	Informatietechnologie
IT*e*R	Informatietechnologie en Recht (onderzoeksprogramma)
JAVI	Juridische aspecten van internet (Juridisch Tijdschrift voor Internet en E-business)
JOL	Jurisprudentie Online
JOR	Jurisprudentie Ondernemingsrecht
KG	Kort geding
Ktg	Kantongerecht
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
Mb	*Megabyte*
MP3	*Motion Picture Experts Group-1 Audio Layer-3*
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NAW	naam, adres, woonplaats
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NLIP	Nederlandse vereniging van Internetproviders
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
OM	Openbaar Ministerie
OPTA	Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PbEG	Publicatieblad Europese Gemeenschap
PDF	*Portable Document Format*
PET	*Privacy Enhancing Technologies*
POP	*Post Office Protocol*
Prg	Praktijkgids
P2P	*peer to peer*
Rb.	Rechtbank
RFC('s)	*Request for comment(s)*
RV	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
SER	Sociaal Economische Raad
SGC	Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken
SIDN	Stichting Internet Domeinregistratie Nederland
SLA	*Service level agreement*
SMTP	*Simple Mail Trasfer Protocol*
SR	Wetboek van strafrecht
S&S	Schip & Schade
Stb.	Staatsblad
SV	Wetboek van strafvordering
TCP	*Transmission Control Protocol*
Trb.	Tractatenblad

TTP	*Trusted Third Party*
TV	Televisie
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht
TW	Telecommunicatiewet
UL	Universiteit Leiden
UMTS	*Universal Mobile Telephone System*
URL	*Universal Resource Locator*
USA	*United States of America*
UT	Universiteit Tilburg
UU	Universiteit Utrecht
VECAI	Vereniging van Centrale Antenne-inrichtingen
VOIP	*voice over IP*
Voorz.	Voorzieningenrechter
VR	Verzekeringsrecht
VU	Vrije Universiteit Amsterdam
WAP	*Wireless Application Protocol*
WBP	Wet Bescherming Persoonsgegevens
WES	Wetgeving voor de Elektronische Snelweg
WPNR	Wetenschappelijk tijdschrift voor Privaatrecht en Notarieel recht
WPR	Wet Persoonsregistraties
WWW	*World Wide Web*

1 Inleiding

1.1 Internet Service Providers (ISP's)

Er is een nieuw soort tussenpersoon ontstaan: de Internet Service Provider of de ISP.[1] De ISP is de tussenpersoon die het zenden en ontvangen van informatie voor internetgebruikers, zowel consumenten als bedrijven, mogelijk maakt.[2] In een digitale omgeving wordt informatie slechts bij uitzondering direct door de zender aan de ontvanger geleverd. Op het internet zijn de ISP's de schakel tussen de informatiegebruiker en de gewenste informatiebron.[3] Door een overeenkomst te sluiten met een ISP (ISP-overeenkomst) kan een individu of bedrijf toegang verkrijgen tot het internet met behulp van een modem en autorisatievoorzieningen.[4] Het gebeurt veel, dat de ISP, bij de installaties van deze voorzieningen, de startpagina van de *browser* van de klant richt op een bijzondere pagina onder eigen redactie.[5] Internettoegang begint dan met de pagina van die ISP, waar de eerste diensten, c.q. hyperlinks worden aangeboden.[6] Daarmee is die klant binnen het territorium van de aanbieder. Zo'n pagina wordt wel *portal-site*, of in gewoon Nederlands startpagina of portaal

---

1 De ISP in de rol van tussenpersoon wordt ook wel intermediair genoemd. Onder een intermediair moet worden verstaan iemand die geen deel neemt aan de daadwerkelijke productie (creatie) van de informatie (content) op zich, maar die een rol speelt in de levering en distributie (verspreiding) van informatie. Dat dit synoniem niet altijd opgaat voor een ISP blijkt uit onderhavig onderzoek.

2 Voor een beschrijving van de techniek van het internet verwijs ik naar Schellekens 2001, p. 5-16. Zie ook Koers 1998 en Schmidt & Mommers 2004.

3 *To provide*, waar het woord provider van is afgeleid, betekent verschaffen.

4 Het inbelprogramma en de inbelfaciliteit worden vaak geleverd door de ISP.

5 Voorbeelden van *browsers* (navigatiediensten, ook wel bladerprogramma's genoemd) zijn: *Microsoft Explorer* en *Netscape Communicator*.

6 'Ten minste 60 procent van de internetters heeft geen idee hoe ze de startpagina van hun aanbieder moeten veranderen en nog eens een flink aantal surfers komt uit gemakzucht steeds via hetzelfde portaal het net op.' Portal vormt sleutel tot waarde ISP's, *Automatisering Gids*, d.d. 19 mei 2000.

genoemd. De ISP kan via zijn portal-site zoekmachines,[7] filterprogramma's, intelligente agenten[8] etcetera aanbieden die de internetgebruiker ondersteunen.

Aard en omvang van ISP-dienstenpakketten laten variaties zien. Naast de basisdienst (toegang tot het internet) kan de klant vaak een eigen webpagina[9] via de ISP op internet publiceren. Ook kan een klant via zijn ISP gebruik maken van e-mail. In nieuws- en discussiegroepen kan via het internet worden gediscussieerd, in chat-boxen kunnen internetgebruikers met elkaar kletsen. Daarnaast verzorgen ISP's soms de registratie van domeinnamen, ze ontwerpen webpagina's, of ze verkopen of verhuren programmatuur. En, als gezegd, in de meeste gevallen stelt een ISP op zijn eigen portal-site zelf informatie en diensten ter beschikking.

1.2 Maatschappelijke relevantie ISP's

Het toenemende gebruik van informatie- en communicatietechnologie (ICT) betekent ook dat de samenleving steeds afhankelijker wordt van deze technologie.[10] Zowel het zakelijke gebruik als het particuliere gebruik van het internet is in korte tijd gemeengoed geworden. Internet is inmiddels één van de kritieke infrastructuren van de Nederlandse samenleving.[11] Een kritieke infrastructuur wordt gedefinieerd als:

> 'een systeem, zowel fysiek als virtueel, dat zo vitaal is voor een land dat het wegvallen ervan een verzwakkende invloed heeft op het sociaal en economisch functioneren en de nationale veiligheid.'[12]

---

7 Zoekmachines zijn computerprogramma's die op internetservers zijn geïnstalleerd, die de gebruiker in staat stellen voor hem relevante webpagina's op te zoeken. De zoekmachines maken op grond van een door de gebruiker ingetikt trefwoord een selectie van relevante webpagina's die de gebruiker met een muisklik kan openen. Voorbeelden van zoekmachines (*search engines*) zijn: Alta Vista <www.altavista.com>, Google <www.google.com, Ilse <www.ilse.com> en Vinden.nl <www.vinden.nl>.

8 Eenvoudig gezegd zijn dit intelligente software systemen die de gebruiker als een soort persoonlijke assistent helpen bij het uitvoeren van diverse taken. Zo kan de intelligente agent als assistent fungeren bij het gebruik van een computerprogramma (denk aan de helpfunctie in *Word*), zoekopdrachten naar informatie uitvoeren, e-mail verwerken, etcetera. Zie over dit onderwerp Stuurman & Wijnands 2000.

9 Ook wel *homepage, page* of *site* genoemd.

10 Kabinetsnota KWINT 2001: *Kwetsbaarheid op internet, Samen werken aan meer veiligheid en betrouwbaarheid*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Ministerie van Economische Zaken, juli 2001, p. 4.

11 'Nederland op tweede plaats met internet', *NRC-Handelsblad*, d.d. 14 februari 2005.

12 Kabinetsnota KWINT 2001, p. 11.

Internet geeft mensen en organisaties nieuwe mogelijkheden om te informeren, te communiceren en handel te drijven. Het gevolg is dat wij steeds afhankelijker worden van het internet en daarmee van de ISP.[13]

In 1995 stond het internet, en daarmee de ISP, nog in zijn kinderschoenen. Inmiddels is er heel wat veranderd. Het medium internet is volwassen geworden en hoort bij het dagelijks leven. Kortom, de moderne mens (een internetgebruiker) kan niet zonder ISP.[14] Van deze tussenpersoon zijn wij afhankelijk om toegang te verkrijgen tot het internet. Om gebruik te kunnen maken van het internet moet een overeenkomst met een ISP worden gesloten. Het is daarom voor de jurist interessant te onderzoeken wat het wettelijk raamwerk is waarbinnen ISP's hun overeenkomsten sluiten, in welke mate ISP's in de praktijk binnen dit wettelijk raamwerk opereren en meer specifiek te onderzoeken hoe de aansprakelijkheid is geregeld.

1.3 Algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik en ISP's

Het internet is dus een belangrijke kracht achter fundamentele veranderingen.[15] Ook het recht zal zich op deze veranderingen moeten richten. Franken heeft richtinggevende beginselen geformuleerd die wij bij de toetsing hanteren.[16] Hier volgt daarom een definitie van de zes beginselen met een toelichting van de rol die zij spelen met betrekking tot ISP-overeenkomsten. Ik ga er daarbij van uit dat die beginselen onderdeel zijn geworden van het positieve recht.

1.3.1 Beschikbaarheid

Een ieder heeft het recht om informatie te ontvangen.[17] Dit brengt met zich mee dat informatie, al dan niet tegen betaling, beschikbaar en toegankelijk moet zijn. De samenleving is in grote mate afhankelijk van de beschikbaarheid van gegevens.[18] Daarom dient de toegang daartoe en het ongestoord gebruik daarvan te worden beschermd. Dit beschermwaardige belang wordt in het algemene beginsel van beschikbaarheid erkend.

---

13 Een mededingingsprobleem zou zich bijvoorbeeld kunnen gaan voordoen indien een bepaalde ISP in Nederland een machtspositie verkrijgt. Daarnaast zou het in de toekomst zo kunnen zijn dat men alleen voor internettoegang nog afhankelijk is van een derde.

14 Zie bijvoorbeeld *Rapport Electronisch Zakendoen*, Ministerie van Economische Zaken, februari 2003 (Rapport Electronisch Zakendoen 2003) en *Rapport De digitale economie 2003*, Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), 2003 (Rapport De digitale economie 2003).

15 Al in 1998 deponeerde Koers deze stelling, Koers 1998, p. 34.

16 Zie Franken 1998, p. 16-17 en Franken 2004, p. 57-60.

17 Zie art. 10 EVRM.

18 'Gegevens' kan hier worden gelezen als 'informatie'.

De ISP biedt toegang tot de informatie op internet. Over die toegang worden bedingen geformuleerd in de ISP-overeenkomst. Die bedingen, tezamen met bepalingen over exoneraties, zullen – waar mogelijk – worden getoetst aan het algemene beginsel van beschikbaarheid.

1.3.2 Vertrouwelijkheid

Kennis is vrij, maar bedrijven, instellingen en personen moeten in bepaalde gevallen aan het gebruik van middelen en gegevens een exclusief karakter kunnen toekennen. Dat geldt bijvoorbeeld omdat men niet wenst dat onbevoegden kennisnemen van als geheim of vertrouwelijk aangemerkte gegevens, of omdat men om economische redenen de exclusieve zeggenschap wil hebben over de wijze waarop de personen de middelen en gegevens mogen gebruiken.[19] De mogelijkheid van kennisneming van informatie kan daarom worden beperkt door de toegankelijkheid van informatie(systemen) slechts voor geautoriseerde gebruikers te laten gelden. Hierbij kan worden gedacht aan auteursrechtelijk beschermde werken die tegen betaling toegankelijk zijn. Privacy van natuurlijke personen – en ook van rechtspersonen – is eveneens een reden voor beperking van de toegankelijkheid van systemen of tot geheimhouding van gegevens. Daarop kan op allerlei directe en indirecte manieren inbreuk worden gemaakt. Aan de eis tot vertrouwelijkheid of exclusiviteit van informatie en informatiesystemen kan alleen worden voldaan als de houder van het informatiesysteem zorgdraagt voor de beveiliging daarvan. Absolute beveiliging behoort niet tot de reële mogelijkheden en optimale beveiliging is vaak niet betaalbaar en daarom niet realiseerbaar. Minimale beveiliging en symbolische (pro forma) beveiliging zijn echter ontoereikend. Beter is het daarom te spreken van een adequate of passende beveiliging, de best denkbare mogelijkheid van beveiliging gelet op de omstandigheden van het geval en hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.[20]

Een ISP zal de privacy van zijn klant zoveel mogelijk willen garanderen.[21] Over privacy worden bedingen in de ISP-overeenkomst geformuleerd. Die bedingen, tezamen met bepalingen over exoneraties, zullen – waar mogelijk – worden getoetst aan het algemene beginsel van vertrouwelijkheid.

---

19 'Veel e-mail blijkt slecht beveiligd', *NRC-Handelsblad*, d.d. 20 oktober 2004.

20 Zie art. 13 WBP, waarin wordt gesproken van 'passende technische en organisatorische maatregelen'. Zie ook art. 11.3 TW.

21 Zie echter Hof Amsterdam, 22 juni 2000, nr. 99/1401, *IER* 2000, 54 (Euronet/XS4ALL). De ISP XS4ALL maakt reclame-uitingen openbaar waarbij de suggestie wordt gewekt dat gratis ISP Wannadoo, onderdeel van Euronet, niet daadwerkelijk gratis is, gezien het mogelijk gebruik van persoonsgegevens. Hierbij wordt ingespeeld op de onder (een deel van) het publiek levende angstgevoelens voor aantasting van de privacy. Zie ook Diephuis 2000.

1.3.3 Integriteit

Integriteit van informatie is de zekerheid over de correctheid van de informatie (niet ten onrechte gewijzigd of aangevuld).[22] Met het begrip integriteit van systemen en de daarin opgeslagen gegevens geven wij een eis aan voor de inhoudelijke kwaliteit van een informatiesysteem. Het moet juist functioneren (doen wat het moet doen) en de gegevens moeten correct en volledig zijn. De gegevens en programma's dienen in goede staat te zijn en overeen te stemmen met de opgestelde specificaties. Het begrip integriteit houdt in dat men op de resultaten mag vertrouwen, indien de input correct is. Veel informatie wordt niet meer op documenten vastgelegd. Men moet er zeker van zijn, dat daardoor geen informatie ongemerkt verdwijnt of in veranderde vorm ter beschikking komt. Tevens moet de juistheid en volledigheid van de gegevens bij voortduring worden gegarandeerd.

De bedingen in een ISP-overeenkomst zullen – waar mogelijk – worden getoetst aan het algemene beginsel van integriteit.

1.3.4 Authenticiteit

Authenticiteit is belangrijk om zekerheid te verkrijgen over de identiteit van de persoon of organisatie waarvan de informatie afkomstig is. Ten aanzien van de natuurlijke of rechtspersonen die deelnemen aan het elektronisch berichtenverkeer, moet soms vaststaan dat zij 'echt' zijn. Het internet is alleen ingesteld om de logische plaats van de computer te vinden, het IP-adres c.q. internetadres en niet de fysieke locatie van de computer met dat adres of de persoon op dat adres.[23] Nu partijen niet (voor elkaar) zichtbaar zijn, gaat het er om of verzonden berichten werkelijk afkomstig zijn van de afzender, die zich als zodanig op het scherm presenteert, en daarnaast terechtkomen bij de juiste geadresseerde. Het gaat erom dat het juiste programma is geladen, of dat de inputgegevens door of namens de 'echte' aanvrager zijn verstrekt. De vraag naar de geldigheid van (rechts)handelingen is hier aan de orde.

De bedingen in een ISP-overeenkomst zullen – waar mogelijk – worden getoetst aan het algemene beginsel van authenticiteit.

---

22 De beginselen integriteit en authenticiteit hangen nauw met elkaar samen. Authenticiteit kan worden gezien als onderdeel van integriteit.

23 Het internet is een koppeling van vele computers en netwerken, via een gemeenschappelijk protocol: het TCP/IP-protocol. TCP/IP biedt de basis-infrastructuur om gegevens over het internet te transporteren.

1.3.5 Flexibiliteit

Toepassingen van ICT dienen flexibel te zijn, dat wil zeggen zij moeten gemakkelijk kunnen worden aangepast aan nieuwe gebruikseisen. Nieuwe regelingen en nieuwe feiten moeten eenvoudig (en zonder al te veel kosten) kunnen worden ingevoerd. Naast de actualisering van het te verwerken materiaal moet ook een aanpassing van de programma's mogelijk zijn. Het kan zijn dat verwerking en/of besluitvorming onder andere omstandigheden moet plaatsvinden, bijvoorbeeld nieuwe hardware, op een andere locatie, in een korter tijdsbestek.

De ISP-overeenkomsten dienen van tijd tot tijd te worden aangepast aan de stand van de techniek. De bedingen die het wijzigen van de overeenkomst regelen en de gewijzigde bedingen in een ISP-overeenkomst zullen – waar mogelijk – worden getoetst aan het algemene beginsel van flexibiliteit.

1.3.6 Transparantie

De werking van de ICT-toepassing moet zichtbaar en voor de gebruiker begrijpelijk zijn. Het ondoorzichtig zijn van systemen leidt ertoe dat reconstructie, feedback en controle onmogelijk worden. De werking van een informatiesysteem en de verantwoording van de werking moet kunnen worden getoetst. Op grond van het beginsel transparantie is controle in een democratische rechtstaat mogelijk en kan er verantwoording worden afgedragen aan gebruikers. Het maatschappelijke belang wordt in het beginsel van transparantie erkend.

De bedingen in een ISP-overeenkomst zullen – waar mogelijk – worden getoetst aan het algemene beginsel van transparantie.

1.4 De betekenis van de beginselen in dit onderzoek

De algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik zijn niet steeds met elkaar in overeenstemming.[24] Exclusiviteit of vertrouwelijkheid vormt een uitzondering op de eis van algemene beschikbaarheid van informatie en toegankelijkheid van informatiesystemen. Flexibiliteit met het oog op individualisering leidt tot vergaande complexiteit van systemen, hetgeen betekent dat de transparantie wordt verminderd. Integriteit en authenticiteit liggen wel op één lijn met de transparantie-eis. Het totale pakket van eisen zal steeds per ISP-overeenkomst worden beoordeeld. Er zal worden afgewogen welk criterium in een individueel geval het zwaarste gewicht verdient.

24 Franken 2004, p. 60.

De beginselen vormen een handvat om ISP-overeenkomsten, voor wat betreft de normatieve elementen daarvan, te ordenen. Met behulp van deze genoemde beginselen is een functionele benadering van een ISP mogelijk: een indeling van functies die een ISP kan uitoefenen aan de hand waarvan zijn aansprakelijkheidspositie kan worden bepaald.

1.5 PROBLEEMSTELLING

Gebruik van het internet kan zowel tot civiele als tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden. In het Nederlandse recht geldt het uitgangspunt dat een ieder zijn eigen schade dient te dragen. Degene die schade heeft geleden, kan de schade slechts verhalen op een ander indien er tussen hem en de ander een verbintenis bestaat die inhoudt dat de ander verplicht is hem deze schade te vergoeden. Verbintenissen ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit (art. 6:1 BW). Van de bronnen van verbintenissen zijn met betrekking tot de aansprakelijkheid van tussenpersonen die optreden als ISP met name de overeenkomst (art. 6:213 BW) en de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) van belang. Daarbij kunnen privacywetgeving, opsporingswetgeving, auteursrecht, consumentenrecht, etcetera een rol spelen.

Bij het sluiten van overeenkomsten maken ISP's gebruik van algemene voorwaarden om de praktische, juridische en financiële aspecten van de relatie tussen ISP en klant te regelen. Onderwerpen in de algemene voorwaarden zijn de totstandkoming van de overeenkomst, de verplichtingen en rechten van partijen, de beëindiging van de overeenkomst, en in het bijzonder de uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid. Een exoneratiebeding is een clausule in een overeenkomst waardoor de ene partij haar verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad jegens de andere partij uitsluit of beperkt. Steeds vaker moeten algemene voorwaarden worden aanvaard (aangeklikt) waarin ISP's zich in vergaande mate exonereren voor aansprakelijkheid.[25] Het gebruik van exoneratiebedingen in algemene voorwaarden brengt nogal wat vragen mee. Zo rijst de vraag of ze aan het geldend recht voldoen? En in hoeverre kan de ISP zijn aansprakelijkheid in algemene voorwaarden uitsluiten?

In dit boek staat het consumentenrecht centraal. Het consumentengebruik van het internet is in korte tijd gemeengoed geworden. Consumentenbeschermende wetgeving is in ontwikkeling en speelt ook in een internetomgeving

25 'Planet Internet wist door fout 2.000 sites', *NRC-Handelsblad*, d.d. 11 oktober 2001: 'De internetaanbieder wijt de vergissing aan een softwarefout, die ervoor zorgde dat de centrale computer waar de webpagina's van de Planet-abonnees op waren opgeslagen systematisch werd gewist. Planet stelt niet aansprakelijk te zijn voor eventuele schade. In zijn algemene voorwaarden heeft de internetaanbieder zich tegen dit soort incidenten ingedekt.'

een rol.[26] Boek 7 BW en de wettelijke regeling van de algemene voorwaarden (art. 6:231 BW e.v.) bieden de consument bescherming wanneer hij elektronische overeenkomsten op afstand sluit. De kennis van deze wettelijke consumentenrechten ontbreekt echter nog bij veel consumenten. Voorlichting aan de consument kunnen aan een betere handhaving van de wettelijke rechten bijdragen. Daarnaast heeft ook het consumentenrecht te maken met afbakenings- en uitlegproblemen van de wettelijke regelingen.

Onderwerp van onderzoek is de werking van ISP-overeenkomsten in de verhouding ISP – consument. De gehele ISP-overeenkomst is onderzocht waartoe een analyse van de inhoud van algemene voorwaarden van verschillende ISP's is gemaakt. Zo laat de elektronische totstandkoming van de overeenkomst op afstand via een website bijzondere aspecten zien. Hoe dient de ISP daarbij te voldoen aan zijn informatieplichten? Qua inhoud is de ISP-overeenkomst een bijzondere vorm van contract. Wat regelen ISP's in hun algemene voorwaarden, wat zijn de kernbedingen van de overeenkomst en hoe kan de ISP-overeenkomst worden gekwalificeerd? Ook de beëindiging van ISP-overeenkomsten brengt specifieke vragen mee. Hoe kan de overeenkomst worden beëindigd en is het voor een consument eenvoudig om over te stappen naar een andere ISP? In het bijzonder is de waarde die aan exoneratiebedingen in de verhouding ISP – consument toekomt naar geldend recht interessant. Bij het beantwoorden van de vraag in hoeverre een ISP zijn aansprakelijkheid contractueel kan uitsluiten, zal de rol van de provider steeds zorgvuldig moeten worden geanalyseerd. Kunnen de exoneratiebedingen in de algemene voorwaarden van ISP's die gelden tegenover consumenten toetsing aan diverse wetten, richtlijnen, verdragen en jurisprudentie doorstaan?

Het onderzoek richt zich op Nederlandse ISP's en consumenten en geschiedt daarom aan de hand van het Nederlandse recht. Internationale en Europese initiatieven om het internet te reguleren ten aanzien van consumenten worden bij dit onderzoek uiteraard meegenomen in de beschouwing. Daar waar dit toegevoegde waarde heeft zal ik refereren aan buitenlandse literatuur, jurisprudentie en regelgeving.

1.6 Plan van aanpak

In hoofdstuk 2 worden de functies en diensten van Internet Service Providers gedefinieerd om het begrip ISP[27] en de daarmee samenhangende diensten en aansprakelijkheden te verduidelijken ten behoeve van dit onderzoek. Dit wordt mede gedaan aan de hand van een praktijkanalyse van de inhoud van

26 Zie Grosheide 2006, Rijken 2006 en Stuurman, Westerdijk & Sander 2000.

27 In gewoon Nederlands wordt er wel gesproken van internet-diensten-aanbieder, afgekort kom je dan op IDA. ISP vind ik beter klinken, en wordt internationaal gehanteerd en daarom ook gebruikt in dit onderzoek.

vijftien Nederlandse overeenkomsten tussen verschillende ISP's en hun niet-zakelijke klanten.[28] Deze vijftien overeenkomsten gebruik ik als feitelijk referentiemateriaal. Een integrale analyse is in de bijlage opgenomen.[29]

In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de wijze van totstandkomen van ISP-overeenkomsten, de precontractuele fase. Daarbij staat het elektronisch en op afstand contracteren via een website centraal, waarbij ook op het elektronisch ter hand stellen van algemene voorwaarden wordt ingegaan. In hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op de inhoud van ISP-overeenkomsten, de contractuele fase. Met behulp van de inhoud kan een ISP-overeenkomst worden gekwalificeerd. Ook wordt onderzocht wat het kernbeding van de overeenkomst is en wat in de algemene voorwaarden kan worden geregeld. Aan de hand van opgestelde toetsingscriteria en algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik wordt de inhoud van de algemene voorwaarden van ISP-overeenkomsten in de praktijk getoetst. In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op de beëindiging van ISP-overeenkomsten, de postcontractuele fase. Opschorting, ontbinding en opzegging van ISP-overeenkomsten en de problemen die zich daarbij kunnen voordoen worden besproken. Daarbij wordt wederom de praktijk getoetst.

In hoofdstuk 6 staan de contractsbedingen centraal waarin een ISP zijn aansprakelijkheid jegens de consument beperkt dan wel uitsluit. Aan de hand van een toetsingskader worden de mogelijkheden voor beperking en uitsluiting van aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten onderzocht voor de onderscheiden functies en diensten uit hoofdstuk 2. Mede aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik wordt bekeken in hoeverre een ISP zijn aansprakelijkheid kan beïnvloeden door gebruik te maken van zijn contractsvrijheid.

Ter afsluiting wordt in hoofdstuk 7 een wenselijke opbouw van de algemene voorwaarden van een ISP weergegeven en zal ik enkele aanbevelingen formuleren.

Het onderzoek is afgesloten op 1 maart 2006.

---

28 De vijftien onderzochte ISP's zijn: XS4ALL, Planet Internet, Tiscali, UUNET/MCI, EuroNet, Compuserve, SURFnet/Thuisnet2, Het Net, Freeler, HCCnet, Demon, Vuurwerk, @Home, Casema en Chello.

29 Zie bijlage: 'Een beeld van ISP-overeenkomsten'.

2 Functies en diensten van ISP's

2.1 Begrippenkader

De meeste aanbieders van internet zullen zich eenvoudig presenteren als Internet Service Providers, maar dat zegt nog niets over het type diensten dat zij aanbieden.[1] De benoeming van en het onderscheid tussen de verschillende soorten internetproviders zijn niet altijd even duidelijk.[2]

Dit hoofdstuk gaat in op de verschillende functies van Internet Service Providers en de verschillende diensten die zij aanbieden. Het internet valt uiteen in talloze netten en dienstenaanbieders die met elkaar en met de gebruikers volgens bepaalde standaarden communiceren. De communicatie is divers: openbaar (gericht tot een ongenoemde groep personen), vertrouwelijk (e-mail) en tussenvormen (abonnees op tijdschriften); beeld, geluid (stem en muziek) en tekst; commercieel (aanbod van goederen en diensten), politiek (discussieonderwerpen die het publiek debat beheersen) of persoonlijk. Het begrip 'ISP' en de begrippen 'functies en diensten van een ISP' ten behoeve van dit onderzoek worden opgehelderd. Ik doe dat aan de hand van relevante literatuur, regelgeving en een praktijkstudie.

De opbouw van het hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 2.2 wordt ingegaan op het begrip Internet Service Provider (ISP). Eerst behandel ik de Nederlandse juridische literatuur, vervolgens ga ik in op het onderscheid dat wordt gemaakt in de Europese Richtlijn inzake elektronische handel[3] en de Nederlandse Aanpassingswet inzake elektronische handel.[4] In paragraaf 2.3 volgt een indeling van functies en diensten van ISP's. Deze indeling zal als begrippen-

---

1 Prins & Gijrath 2000, p. 6.

2 Zie Siemerink 2001 A.

3 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEG* L178 van 17 juli 2000 (Richtlijn inzake elektronische handel).

4 Aanpassingswet inzake elektronische handel, *Stb.* 2004, 210, Wet van 13 mei 2004, die op 30 juni 2004 in werking is getreden. Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEG* L 178).

kader dienen in het verdere onderzoek. In paragraaf 2.4 wordt het hoofdstuk afgesloten met een conclusie.

2.2 Het begrip 'Internet Service Provider'

2.2.1 Nederlandse rechtsliteratuur

In de Nederlandse juridische literatuur worden verschillende dienstenaanbieders met de naam internetprovider aangeduid: networkprovider, contentprovider, accessprovider, hostingprovider, serviceprovider, informationprovider, etcetera.[5] Deze terminologie is echter niet eenduidig, bovendien worden de verschillende werkzaamheden vaak tegelijkertijd door een en dezelfde provider vervuld.[6] Doorgaans wordt aan de hand van een aantal, in de praktijk ontwikkelde, functies in de Nederlandse literatuur een onderscheid gemaakt tussen networkprovider, accessprovider, serviceprovider en informationprovider.[7] De informationprovider bepaalt de inhoud van de aangeboden informatie. De serviceprovider verschaft aan de informationprovider de technische middelen, waarmee informatie via het internet kan worden ontsloten. De accessprovider verleent toegang tot het internet. De networkprovider exploiteert de infrastructuur waarover de informatie wordt getransporteerd.[8] Deze vier verschillende providers bespreek ik hieronder. Naast dit onderscheid is er nog een ander onderscheid te maken in de aanbieders van internet via de kabel, via de telefoonlijn, via de satelliet, of via de ether (*WiFi*[9]).[10] Dit technische onderscheid wordt in het onderhavige onderzoek niet of zijdelings behandeld. Networkproviders worden wel nader onderscheiden.

2.2.1.1 Networkproviders

Onder networkprovider wordt verstaan een provider die het fysieke netwerk levert en die het transport van het signaal verzorgt, ook wel internetbackboneprovider genoemd.[11] Deze providers hebben rechtstreekse aansluiting op het internet en verzorgen deze aansluiting alleen voor grote afnemers. Network-

---

5 Zie onder andere Brownlee & Pollmann 1996, Drion & Linnemann 1996, Drion 1998, Julia-Barcelo 1998 en Koelman 1998.
6 Zie ook Kaspersen, Stuurman, Van Duuren & Neppelenbroek 1999, p. 9.
7 Zie bijvoorbeeld Brownlee & Pollmann 1996, p. 121.
8 Zie Visser 1996, p. 158-160.
9 *Wireless Fidelity* wat staat voor de IEEE 802.11b standaard, ook wel draadloos ethernet genoemd.
10 Hier kan nog een onderscheid worden gemaakt tussen ADSL, ISDN en WAP (*wireless application*).
11 Voorbeelden van Networkproviders zijn: ATT, KPN Quest en Level 3.

providers sluiten overeenkomsten met andere internetproviders, en niet met de internetgebruikers zelf. Zij zijn in feite de verzorgers van de infrastructuur en kunnen zodoende worden gezien als een systeembeheerder: de internetdienst die voor de infrastructuur zorgt op het niveau van netwerkconfiguratie en netwerkbeheer.[12] Het betreft telecommunicatiedienstverleners die geen bemoeienis hebben met de inhoud van de informatie.[13]

2.2.1.2 Accessproviders

Acces betekent toegang verschaffen. Een accessprovider doet niets anders dan zijn klanten, ook wel abonnees genoemd, toegang bieden tot het internet. Hij verschaft (lokale) inbelfaciliteiten waardoor de individuele gebruiker via een PC en een modem toegang kan krijgen tot het internet. Dit houdt in ieder geval toegang tot het WWW in. Toegang bestaat uit toekenning van een IP-adres en de mogelijkheid van dataverkeer via het TCP/IP protocol. De accessprovider biedt de klant basissoftware en soms ook hardware aan voor toegang tot het internet. Hij verzorgt de toegang tot het internet waardoor de abonnees de mogelijkheid hebben websites te bezoeken of informatie te verkrijgen en hij speelt ook een rol bij het transport van het materiaal. Ook hier betreft het een communicatiedienst die, in de kale vorm, geen bemoeienis heeft met de informatie.

2.2.1.3 Serviceproviders

Een provider die internetdiensten aanbiedt, zoals e-mail, nieuwsgroepen en web-servers wordt een serviceprovider genoemd. *Service* betekent dienstverlening. Een serviceprovider verschaft toegang tot het internet en biedt daarnaast diensten aan die een meerwaarde betekenen voor de klant. Hij moet worden gezien als iemand die het voor een derde mogelijk maakt via zijn server informatie te ontvangen. Ook biedt hij zijn klanten de mogelijkheid een website (homepage) op zijn server in te richten om van daaruit informatie te publiceren.[14] Hij zorgt er voor dat een webpagina met eigen domeinnaam op het internet toegankelijk is.[15] De activiteiten van serviceproviders zijn

---

12 Wordt het internet niet benaderd vanuit een individuele gebruiker maar een intern net, dan wordt dat net onderhouden door een systeembeheerder, Koers 1998, p. 15.

13 Hier wordt ook wel de term *common carrier* gebruikt. Internetaanbieders stellen zich op het standpunt dat zij in hun rol van toegangsaanbieder niet aansprakelijk zijn daar deze rol te vergelijken is met die van een openbare telecommunicatieaanbieder die informatie via zijn infrastructuur verspreidt. De aanbieder heeft in deze situatie 'geen boodschap aan de boodschap' en moet daarom worden gezien als een 'common carrier'. Prins & Gijrath 2000, p. 162.

14 Dit wordt *hosten* genoemd, vandaar dat ook wel de term hostingprovider wordt gebruikt.

15 Omdat voor de bereikbaarheid lange, enkel uit cijfers bestaande IP-adressen onhandig bleken, is voorzien in de mogelijkheid om computers te identificeren met – gedeeltelijk vrij te kiezen – woorden: de domeinnamen. Zie Prins & Gijrath 2000, p. 50.

beperkt tot het doorgeven van informatie aan zijn gebruikers en de opslag van die informatie. De serviceproviders selecteren de informatie niet en bewerken haar evenmin. Zij verschaffen slechts de technische faciliteiten teneinde openbaarmaking door anderen mogelijk te maken.[16] Veelal voert een serviceprovider het beheer over de computer waar een website is geplaatst. Soms verzorgt de serviceprovider ook het ontwerp van een website. Voorzover daarmee geen bemoeienis met de inhoud van de website wordt verkregen, rekent Drion ook een dergelijke activiteit nog tot het gebied van de serviceprovider.[17] Ze zijn over het algemeen faciliterend en behoeven geen bemoeienis met de inhoud van de informatie te hebben. Dat kan echter wel het geval zijn wanneer zij bijvoorbeeld toegang en gebruik van openbare maillijsten en nieuwsgroepen (doen) controleren (modereren), de identiteit van de boodschappen verzender camoufleren, of opmaak en onderhoud van een homepage op zich nemen en daar eigen redactionele keuzes maken. Sommige serviceproviders controleren de door de abonnee aangeboden pagina's voordat die door middel van een web-server worden gepubliceerd, terwijl andere de door de abonnee aangeboden pagina's zonder voorafgaande controle, veelal automatisch publiceren.

2.2.1.4 Informationproviders

Met *information* wordt de informatie die op het internet wordt aangeboden bedoeld. Iedere internetgebruiker kan een informationprovider zijn, ook consumenten die iets op het WWW publiceren. Voorbeelden van andere informationproviders zijn editors van elektronische tijdschriften, de zakelijke en privé eigenaren van websites waarop elke vorm van informatie beschikbaar is, van porno tot bloembollen en de participanten in de maillijst of nieuwsgroep. Informationproviders worden ook wel contentproviders genoemd. Indien een serviceprovider zich in meerdere of mindere mate bemoeit met de inhoud van de informatie, dient hij ook als informationprovider te worden beschouwd.[18] Soms geschiedt dat in de vorm van een selectie van aanbieders van informatie ten behoeve van de gebruiker, bijvoorbeeld door het inrichten van een virtueel winkelcentrum. Soms in de vorm van controle op de door

16 HR 16 december 2005, *NJ* 2006, 9, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT2056, (Scientology/XS4ALL). Door intrekking van het beroep in cassatie door Scientology konden de bezwaren van Scientology tegen het arrest van het hof niet meer worden onderzocht. De Hoge Raad heeft het beroep van Scientology daarom verworpen. Dit betekent dat de beslissingen van het hof in stand zijn gebleven en onherroepelijk zijn geworden. Zie Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *Rechtspraak.nl*, LJN: AI5638; *Mediaforum* 2003/10, p. 337-342, m.nt. D.J.G. Visser; tevens in *Computerrecht* 2003/6, p. 350-358, m.nt. K.J. Koelman. Het Hof is van oordeel dat de service providers onder deze omstandigheden niet zelf openbaar maken maar slechts gelegenheid geven tot openbaarmaking.

17 Drion 1998, p. 171.

18 Zie paragraaf 2.2.1.3 'Serviceproviders'.

de abonnee aangeboden pagina's, voorafgaand aan publicatie op het WWW. Deze providers oefenen een zekere mate van redactionele controle uit over het informatieaanbod en zijn soms zelfs actief betrokken bij het verzorgen van de inhoud van bepaalde pagina's. In Nederland komt het vaak voor dat de bemoeienis van de provider met de inhoud zich beperkt tot ordening van informatie, terwijl geen controle wordt uitgeoefend over de inhoud van websites die zich op de server van de provider bevinden. Een verdergaande mate van betrokkenheid wordt aangetroffen bij de providers die voor een belangrijk deel zelf de inhoud bepalen van de informatie die via hun computersystemen wordt aangeboden. Deze aanbieders laten zich juist voorstaan op een zekere mate van redactionele controle over het informatieaanbod. Die controle wordt enerzijds uitgeoefend door feitelijke controle en anderzijds door middel van contractuele restricties in de overeenkomsten met abonnees en professionele informatieaanbieders. Ten slotte is er nog een categorie van providers die wel redactie voert over het eigen informatieaanbod, maar de door de abonnee aangeboden informatie zonder enige controle publiceert.[19]

De typering uit de Nederlandse rechtsliteratuur heeft enkele bezwaren. Ik kom daar in paragraaf 2.3 op terug.

2.2.2 Richtlijn en Aanpassingswet inzake elektronische handel

De op 4 mei 2000 door het Europees Parlement aanvaarde Richtlijn inzake elektronische handel is op 17 juli 2000 in werking getreden.[20] Doel van de richtlijn is het scheppen van een juridisch kader teneinde het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij tussen de lidstaten te waarborgen (art. 1 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel).[21] Dit gebeurt onder andere door het maken van een onderscheid tussen dienstverleners die als tussenpersoon optreden (artt. 12-15 Richtlijn inzake elektronische handel). Dit onderscheid is van toepassing op internetproviders en wijkt enigszins af van het onderscheid dat in de Nederlandse juridische literatuur wordt gemaakt. Het is afkomstig uit de US Digital Millennium Copyright Act (DMCA).[22] Daar

19 Een voorbeeld van een Nederlandse ISP die over een eigen redactie beschikt is Planet Internet.

20 De Richtlijn inzake elektronische handel moest voor 17 januari 2002 worden omgezet in de nationale wetgeving. Pas op 14 januari 2002 is het wetsvoorstel Aanpassingswet inzake elektronische handel aangeboden aan de Tweede Kamer. De reikwijdte van de Richtlijn inzake elektronische handel is beperkt. Zij ziet niet op alle internetverkeer, doch slechts op elektronische handel, die ook nog binnen de Europese Unie moet plaatsvinden. Daarnaast kiest de Richtlijn inzake elektronische handel een technologieafhankelijke benadering, gebaseerd op de huidige structuur van het internet. Het is maar de vraag hoelang deze indeling meegaat aangezien de structuur van het internet binnen enkele jaren kan veranderen. Zie Hijmans 2000, p. 234.

21 Zie overweging 8 van de Richtlijn inzake elektronische handel.

22 Zie Julia-Barcelo 1998, p. 459.

wordt gekeken naar instanties die informatie opslaan (*caching* en *hosting*) en instanties die informatie doorgeven (*mere conduit*). In de Aanpassingswet inzake elektronische handel is dit onderscheid overgenomen in art. 6:196c BW.[23] Een belangrijk motief voor deze regelgeving is de behoefte aan een aanknopingspunt voor publiekrechtelijke regulering van internet. Wij zullen nog zien hoe zinvol deze indeling is vanuit privaatrechtelijk standpunt.

2.2.2.1 Mere conduit

De loutere transmissie van informatie inclusief het verschaffen van toegang tot het communicatienetwerk wordt in art. 12 van de Richtlijn inzake elektronische handel mere conduit genoemd.[24] Hieronder wordt verstaan: een dienst van de informatiemaatschappij die bestaat in het doorgeven in een communicatienetwerk[25] van door een afnemer van de dienst[26] verstrekte informatie, of in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk (art. 12 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel). Het doorgeven van informatie en het verschaffen van toegang omvatten de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van de doorgegeven informatie, voorzover deze opslag uitsluitend dient om de doorgifte in het communicatienetwerk te bewerkstelligen en niet langer duurt dan redelijkerwijs voor het doorgeven nodig is (art. 12 lid 2 Richtlijn inzake elektronische handel). De tussenpersoon, in dit geval een internetprovider, fungeert hier als doorgeefluik. Digitale netwerken werken volgens het *store and forward* principe. Herhaaldelijk wordt informatie op weg van A naar B kortstondig opgeslagen en weer verder gestuurd. Uit lid 2 blijkt dat deze vorm van automatische, tussentijdse en kortstondige opslag van de doorgegeven informatie ook onder mere conduit valt.

---

23 Nieuwe afdeling 4A van Titel 3 van boek 6 van het BW, getiteld 'Aansprakelijkheid bij elektronisch rechtsverkeer', art. 6:196c BW. Daarin wordt de regeling vastgelegd betreffende de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden conform de Richtlijn inzake elektronische handel. Het onderscheid uit de Richtlijn inzake elektronische handel is letterlijk overgenomen, de benamingen *mere conduit*, *caching* en *hosting* worden echter niet genoemd.

24 Zie art. 6:196c lid 1 en 2 BW Aanpassingswet inzake elektronische handel.

25 In dit geval het internet.

26 Onder 'afnemer van de dienst' verstaat de Richtlijn inzake elektronische handel: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die, al dan niet voor beroepsdoeleinden, gebruikmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij, in het bijzonder om informatie te verkrijgen of toegankelijk te maken (art. 2 lid 1 d). De definitie geldt voor alle soorten gebruik van diensten van de informatiemaatschappij, zowel voor personen die op open netwerken zoals internet informatie aanbieden, als voor personen die voor particuliere of beroepsdoeleinden informatie zoeken op internet (overweging 20 van de Richtlijn inzake elektronische handel).

2.2.2.2 Caching

Indien een dienstverlener bepaalde door hem aan een afnemer doorgegeven informatie tijdelijk opslaat, opdat die informatie later eenvoudiger of sneller aan andere afnemers van de dienst kan worden doorgegeven is er sprake van caching zoals neergelegd in art. 13 van de Richtlijn inzake elektronische handel.[27] Het gaat hier om de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van door een afnemer van de dienst opgevraagde informatie. Deze opslag geschiedt enkel om latere doorgifte van die informatie aan andere afnemers van de dienst doeltreffender te maken. De tussenpersoon slaat bepaalde informatie van derden in het cachegeheugen van zijn server op in verband met raadpleging door abonnees. Caching is dus eigenlijk niets anders dan het maken van een kopie op de server van de internetprovider om aan een volgende abonnee die dezelfde informatie opvraagt deze sneller te verschaffen. Dit bespaart communicatiekosten en verhoogt de snelheid, waarmee andere abonnees toegang kunnen krijgen tot de informatie. Zonder caching is surfen over het internet op zijn minst een tijdrovende bezigheid. Naast het herhaaldelijk kortstondig opslaan van informatie op weg van A naar B om het verder te versturen (art. 12 lid 2 Richtlijn inzake elektronische handel), kan informatie waar veel vraag naar is tijdelijk bij een provider worden opgeslagen in de vorm van een reserve (caching). Dit betreft bijvoorbeeld informatie die bij een server in het buitenland wordt opgehaald en tijdelijk bij de server van de Nederlandse provider wordt opgeslagen, zodat bij opvraging door aangeslotenen geen lange transatlantische routes behoeven te worden afgelegd. Het internet bestaat niet meer zonder caching, wil een internetprovider commercieel zijn dan moet hij er wel gebruik van maken.[28] Het is een technisch begrip dat juridisch gezien van betekenis kan zijn doordat verschillen kunnen ontstaan tussen de inhoud van de cache en van de bron.[29] Technisch gezien is caching een vorm van triviale opslag. Functioneel is het een aspect van toegang.

2.2.2.3 Hosting

Indien een dienstverlener op verzoek van de afnemer informatie opslaat is er sprake van hosting zoals neergelegd in art. 14 van de Richtlijn inzake elektronische handel: een dienst van de informatiemaatschappij die bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie.[30]

---

27 Zie art. 6:196c lid 3 BW Aanpassingswet inzake elektronische handel.

28 Zie over caching Hugenholtz & Koelman 1999.

29 Een proxy-server is een bij een ISP geïnstalleerde server die het mogelijk maakt voor een klant om sneller over informatie te beschikken doordat door een andere klant reeds opgevraagde informatie via de proxy-server kan worden binnengehaald. *Proxy* betekent volmacht of gevolmachtigde. De informatie op de proxy-server kan inmiddels verouderd zijn en daarmee een gevaar zijn voor de integriteit.

30 Zie art. 6:196c lid 4 BW Aanpassingswet inzake elektronische handel.

De tussenpersoon in de vorm van een internetprovider verschaft als *host* (gastheer) aan zijn klanten de mogelijkheid op zijn server bepaalde informatie op te slaan en voor derden toegankelijk te maken. Op verzoek slaat de host die informatie voor onbepaalde tijd op. Denk aan de homepage die een abonnee op de server van de tussenpersoon aanhoudt en aan de mailbox waarin de mail van de abonnee wordt opgevangen.

2.3 INDELING FUNCTIES EN DIENSTEN ISP'S

2.3.1 Opmerkingen

In de Nederlandse literatuur over de juridische aspecten van het internet tekent zich de gewoonte af de internetprovider in zijn basisactiviteit van toegangsverschaffer als accessprovider aan te duiden, bij beschikbaarstelling van zijn webserver en eventuele andere openbare diensten zoals nieuws- en discussiegroepen, als serviceprovider, en als verzamelaar, samensteller of redacteur van informatie als informationprovider. Daarnaast is er nog de networkprovider die het fysieke netwerk levert en die het transport van het signaal over de internetbackbone verzorgt. Het antwoord op de vraag of een internetprovider handelt in de hoedanigheid van network-, access-, service-, of informationprovider is van invloed op zijn juridische positie. Veelal is in de praktijk de dienstverlening van een internetprovider een mengvorm van de laatste drie genoemde typologieën. Drion en Linnemann[31] zijn er met Oosterveen[32] voorstander van om van geval tot geval de rol van de betrokken provider te analyseren. Alle genoemde providers spelen een rol in het proces van openbaarmaking van informatie. Op de server van de serviceprovider wordt een werk (van een informationprovider) in eerste instantie voor het publiek toegankelijk gemaakt. Via de diensten van de network- en accessprovider kan het publiek er ook bij. Effectieve communicatie via internet vereist en de diensten van een serviceprovider en die van een accessprovider en die van networkproviders.

De Europese Richtlijn inzake elektronische handel en de Aanpassingswet inzake elektronische handel maken een onderscheid tussen de tussenpersoon die fungeert als doorgeefluik voor de informatie, de tussenpersoon die informatie tijdelijk opslaat en de tussenpersoon die informatie op verzoek voor onbepaalde tijd opslaat.[33] Het is de vraag of de verschillende activiteiten van internetproviders wel zo scherp zijn te onderscheiden; veelal zullen providers zowel doorgeefluik zijn als informatie tijdelijk opslaan en informatie voor onbepaalde tijd opslaan. Hoe lang moet een cache worden bewaard om van

31 Drion & Linnemann 1996, p. 1737.
32 Oosterveen 1999, p. 79.
33 *Kamerstukken II* 1998/99, 25 880, nr. 7, p. 10.

hosting te spreken? Voorts is voor een aantal dienstverleners op internet, zoals Google, niet duidelijk of zij als tussenpersoon in de zin van de richtlijn en de wet kunnen worden gekwalificeerd en, zo ja, welke status zij dan hebben.

In zijn algemeenheid wordt er in de Nederlandse literatuur gesproken over Internet Service Providers (ISP's), dat is de overkoepelende term voor internetaanbieders.[34] Deze term werd ook gehanteerd door de Nederlandse Vereniging van internetproviders (NLIP).[35] De ISP's contracteren met een networkprovider om toegang tot de infrastructuur (backbonen) van het internet te verkrijgen. Het is goed mogelijk te gaan spreken over access, caching en hosting providers. Maar het is de vraag of daarmee voldoende aansluiting wordt gevonden met de functies van ISP's in de praktijk. In de privaatrechtelijke verhouding tussen internetaanbieder en –afnemer gaat het ook om een begrippenkader dat aansluit bij de keuzes die een klant kan maken en die de concurrentie tussen ISP's tot uitdrukking brengt.

2.3.2 Indeling onderzoek

In dit onderzoek gebruik ik 'Internet Service Provider' (ISP) als het begrip voor iemand die internetdiensten aanbiedt. ISP's contracteren met een networkprovider om toegang tot de infrastructuur (backbone) van het internet te verkrijgen. Networkproviders zijn verantwoordelijk voor de exploitatie van de infrastructuur waarover de informatie van het internet wordt uitgewisseld en vallen niet onder het begrip ISP. Ik laat de networkprovider daarom in dit onderzoek verder buiten beschouwing.[36] De verschillende functies van ISP's en de verschillende diensten die zij kunnen aanbieden, worden hieronder mede aan de hand van het verkregen beeld van ISP-overeenkomsten in de praktijk[37] nader omschreven. Technisch gezien is dit onderscheid minder relevant, juridisch gezien is dit onderscheid noodzakelijk. Bij het toepassen van recht gaat het om kwalificaties van handelingen die met het oog op bepaalde doelen kunnen worden verricht. De functie geeft aan welke handeling strekt tot de realisatie van een bepaald doel. Uit bovenstaande beschrijvingen en een analyse van ISP-overeenkomsten in de praktijk heb ik mijn eigen indeling van functies van ISP's afgeleid. Met behulp van deze indeling bezie ik in de verdere hoofdstukken de juridische consequenties, in het bijzonder met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht. Ter bevordering van duidelijkheid duid ik de contractuele wederpartij van de ISP in dit onderzoek aan met klant. Onder klant wordt

34 Prins & Gijrath 2000, p. 6.
35 Zie <www.nlip.nl>. De NLIP is per 21 april 2005 opgeheven.
36 De networkprovider komt echter wel zijdelings aan de orde, een ISP is immers veelal afhankelijk van een networkprovider. Zie ook Huisjes 2002.
37 Zie bijlage: 'Een beeld van ISP-overeenkomsten'.

steeds verstaan de consument die met de ISP een overeenkomst heeft gesloten.[38]

Internetdiensten zijn diensten die over het internet worden veleend. Aan deze diensten zijn dus verschillende functies te onderscheiden. Mijns inziens is het beter om van diensten in het meervoud te spreken omdat een ISP volgens mij altijd meerdere diensten aanbiedt (dienstenpakket).[39] De volgende internetdiensten kunnen worden onderscheiden: internettoegang, homepage/website, e-mail, nieuwsgroep en chat. Met daarnaast optionele mogelijkheden zoals een helpdesk, registratie van een domeinnaam, verkrijging van een vast IP-adres, het ontwerpen van een website, het verschaffen van anti-virussoftware of bijvoorbeeld het filteren van ongewenste inhoud. De verschillende diensten kunnen worden gekoppeld aan de onderscheiden functies. Ik kom tot de volgende vierdeling van functies die een ISP kan verrichten.[40]

2.3.2.1 Access

Onder access versta ik het aan een klant de technische faciliteit verschaffen om via het systeem van de ISP toegang te verkrijgen tot het internet. Bekeken vanuit het dienstenpakket dat een ISP aanbiedt valt hieronder de dienst internettoegang. Hieronder dient te worden verstaan toegang tot alle openbare internet faciliteiten, bijvoorbeeld het WWW waaronder bijvoorbeeld ook hotmail valt dat via het WWW openbaar toegankelijk is. Een ieder die via een ISP access tot het internet verkrijgt kan daarmee toegang verkrijgen tot alle openbare internetbronnen en bijvoorbeeld surfen naar websites, kletsen in chat-boxen, ftp-documenten bekijken of berichten raadplegen en plaatsen in nieuwsgroepen. Bij access heeft de klant dus geen eigen informatie bij de ISP op de server staan, maar kan de klant bijvoorbeeld wel e-mailen via de hotmail-server, boeken kopen bij Proxis, informatie opzoeken over verschillende vakantiebestemmingen, of informatie over aandelenkoersen raadplegen. Hier kunnen twee varianten worden onderscheiden om de door de klant gewenste informatie te verschaffen: mere conduit access en caching access. Caching maakt de toegang tot de informatie op het internet efficiënter.

---

38 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel A. 'Definities'.

39 Uit de praktijk analyse is gebleken dat een ISP verschillende internetdiensten kan aanbieden, zie onderdeel L. 'Diensten en beheer', in paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' van de bijlage. Zie ook hoofdstuk 3 paragraaf 3.3.1 'Aanbod ISP'.

40 Zie ook Siemerink 2001 B.

2.3.2.2 Hosting

Hosting kan worden vertaald in 'de rol van gastheer vervullen'.[41] In de Nederlandse versie van de Richtlijn inzake elektronische handel wordt hosting niet vertaald, daar wordt gesproken over host-diensten. Onder hosting versta ik het aan een klant de mogelijkheid verschaffen om op de ISP-server(s) bepaalde informatie van en voor derden toegankelijk te maken. Bij hosting fungeert de ISP waar de klant een overeenkomst mee heeft gesloten als gastheer voor de opslag van informatie van en ook voor de klant. Bekeken vanuit het dienstenpakket dat een ISP aanbiedt vallen hieronder: website, e-mail, nieuwsgroep en chat. Om deze diensten zelf te kunnen aanbieden dient een ISP te beschikken over servers waarop de betreffende informatie kan worden gehost, dus een web-server, een e-mail-server, een chat-server en een nieuwsgroep-server. Informatie voor of van de klant wordt daar opgeslagen en beschikbaar gemaakt, ook als de klant zelf geen verbinding met het internet heeft gemaakt. De klant kan een eigen homepage bij de ISP opslaan. Informatie die de klant op deze homepage (website-ruimte) plaatst komt dan via de web-server van de ISP en het systeem van de ISP op het internet beschikbaar en wordt op die manier raadpleegbaar voor andere internetgebruikers. De klant kan een eigen nieuwsgroep op de server van de ISP beheren of de klant kan een e-mail-account bij de ISP hebben waarmee hij kan e-mailen via de e-mail-servers van de ISP. Een ISP die de dienst e-mail verricht voor een klant beschikt altijd over twee e-mail-servers, één voor de uitgaande berichten en één voor de inkomende berichten. E-mail valt onder hosting omdat de berichten van en naar de klant op de servers van de ISP worden opgeslagen en informatie van en voor de klant betreffen. De ISP stelt uitsluitend zijn server ter beschikking om informatie van (en bij e-mail-verkeer ook voor) zijn klant op te slaan en heeft geen bemoeienis met de inhoud van de informatie. Ook hier kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee varianten. Ten eerste hosting voor point to point communicatie (bijvoorbeeld e-mail), ten tweede hosting voor point to multipoint communicatie (bijvoorbeeld het WWW). Ook het onderscheid tussen open en besloten communicatie is hier van belang. Bij hosting gaat het, behalve bij inkomende e-mail-berichten voor de klant, om informatie waarvan de klant de inhoud heeft bepaald.

2.3.2.3 Extra value

Onder extra value versta ik het voor een klant diensten verrichten die een meerwaarde betekenen voor de klant ten opzichte van access en hosting. Naast toegang verschaffen en als gastheer optreden kan een ISP een meerwaarde voor de klant betekenen op andere gebieden. Bijvoorbeeld klanten inhoudelijk

---

41 Hosting is moeilijk in het Nederlands te vertalen, dat is ook de reden waarom ik Engelse termen hanteer voor de onderscheiden functies.

helpen een actieve aanwezigheid op het internet te realiseren. Een ISP kan een website ontwerpen, ontwikkelen, installeren en implementeren of bijvoorbeeld op verzoek van een klant een domeinnaam registreren. Het gaat om informatie van de klant, nadruk ligt niet op de inhoud maar op het ontwerp, de inrichting en ordening van de informatie. Het gaat om extra waarde naast de inhoud. Onder extra value moet ook worden begrepen de mogelijkheid die een ISP biedt aan zijn klanten om voor ondersteuning gebruik te maken van een helpdesk, om klachten over onrechtmatige informatie te kunnen deponeren, het filteren van informatie of het ter beschikking stellen van anti-virussoftware, filterprogrammatuur of programmatuur waarmee anoniem het internet kan worden betreden. Deze opsomming is niet limitatief.

2.3.2.4 Content

Content betekent in het Nederlands vertaald informatie c.q. inhoud. Het aanbieden van content betreft het aanbieden van inhoudelijke informatie op het internet. In dit geval betreft het informatie afkomstig van de ISP zelf. Klanten die inloggen bij een ISP beginnen meestal bij de portal-site van die aanbieder en krijgen daar informatie aangeboden. Zowel de inhoud als het ontwerp en de inrichting en de ordening van de informatie vallen onder de verantwoording van de ISP zelf. De ISP biedt vervolgens via deze website en achterliggende websites zoekmachines of filterprogramma's aan, of nieuws- en weerberichten of interactieve spelen. Dit kan zijn informatie die alleen voor klanten beschikbaar is of informatie die voor iedere internetgebruiker beschikbaar is. De functie content speelt een belangrijke rol bij het totstandkomen van de ISP-overeenkomst, want dat vindt veelal op afstand en elektronisch via de portal-site en achterliggende websites plaats.[42] Daarnaast kan de functie content een rol spelen met betrekking tot informatie ter verduidelijking naast de overeenkomst. Bijvoorbeeld indien de algemene voorwaarden worden gewijzigd,[43] of berichtgeving over wanneer er onderhoudswerkzaamheden aan het ISP-netwerk noodzakelijk zijn. Verder kan de portal-site ook van belang zijn voor de helpdesk en andere informatie die de ISP onder zijn klanten wil verspreiden. De algemene voorwaarden zijn in dit verband als content te kwalificeren. Duidelijk is dat de ISP aansprakelijk is voor de inhoud van zijn portal-site.

2.4 CONCLUSIE

De vier onderscheiden functies: access, hosting, extra value en content zijn de basiscategorieën van de dienstverlening door ISP's. Deze categorisering sluit

42 Zie hoofdstuk 3 'Totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.
43 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.4 'Duurovereenkomst'.

niet alleen aan op de begripsaanduidingen uit de Nederlandse juridische literatuur, maar ook op de indeling die de EU maakte voor de regulering van de elektronische handel. Op zichzelf biedt de functie-indeling overigens onvoldoende houvast om tussen ISP's te onderscheiden. Alle vijftien ISP's waarvan de algemene voorwaarden in een bijlage zijn geïnventariseerd bieden alle vier de functies aan. Het onderscheid tussen de verschillende ISP's zit vooral in extra value en content.

De vier onderscheiden functies maken het mogelijk ISP-overeenkomsten ordelijk te benaderen. De nadere analyse van de algemene voorwaarden van vijftien ISP's[44] leidt tot een nadere verfijning van de vier ISP functies in internetdiensten.

Tabel I: Functies en diensten van ISP's

ISP functies	internetdiensten	rol van de klant
access	internettoegang	informatieontvanger
hosting	website nieuwsgroep chat e-mail	informatieverschaffer informatieverschaffer en/of -ontvanger informatieverschaffer en/of -ontvanger informatieverschaffer en/of -ontvanger
extra value	helpdesk verschaffen anti-virussoftware filteren van ongewenste inhoud verschaffen spamfilter registratie domeinnaam ontwerpen website verkrijging vast IP-adres etcetera	informatieontvanger informatieontvanger informatieontvanger informatieontvanger informatieontvanger informatieontvanger informatieontvanger
content	portal-site/website ISP	informatieontvanger

In de volgende hoofdstukken wordt vanuit consumentenperspectief nader ingegaan op (de redelijkheid van) de inhoud van de algemene voorwaarden in ISP-overeenkomsten, in het bijzonder op (de redelijkheid van) aansprakelijkheidsbepalingen.

44 Zie bijlage: 'Een beeld van ISP-overeenkomsten'.

3 Totstandkoming van ISP-overeenkomsten

3.1 Precontractuele fase

In het vorige hoofdstuk zijn de vier verschillende functies van een ISP onderscheiden: access, hosting, extra value en content. Een klant die gebruik wil maken van deze functies sluit een overeenkomst met een ISP, waarvoor in dit onderzoek het begrip ISP-overeenkomst wordt gehanteerd.[1]

In dit hoofdstuk staat de totstandkoming van ISP-overeenkomsten centraal. Getoetst wordt of de bestaande regelgeving problemen oplevert voor het elektronisch sluiten van een dergelijke overeenkomst via een website. ISP-overeenkomsten worden veelal op afstand en elektronisch gesloten. Vooral de Europese regelgeving,[2] en de implementatie daarvan,[3] is hierbij van belang.

> 'De vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen is een preliminaire vraag, die dient te worden beantwoord alvorens kan worden onderzocht of op de overeenkomst bepaalde algemene voorwaarden toepasselijk zijn. Volgens de algemene leer der overeenkomsten kan worden geconcludeerd dat indien geen overeenkomst is tot stand gekomen ook de algemene voorwaarden niet toepasselijk zijn.'[4]

Bij de behandeling van deze onderwerpen beperk ik mij tot het Nederlandse recht en de relevante Europese regelgeving.

De opbouw van het hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 3.2 wordt eerst een beeld geschetst van de wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten in de praktijk. In paragraaf 3.3 wordt ingegaan op aanbod en aanvaarding die een overeenkomst tot stand doen komen. Vervolgens wordt in de paragra-

---

1 Het begrip contract komt niet voor in ons BW. Naar het juridisch spraakgebruik wordt – ook als van het afgesprokene geen schriftelijk stuk is opgemaakt – de (obligatoire) overeenkomst (art. 6:213 lid 1 BW) dikwijls contract genoemd; evenzo wordt het overeenkomstenrecht vaak als contractenrecht betiteld. Zie Hijma e.a. 2004, p. 8-9. Een ISP-overeenkomst kan naar het juridisch spraakgebruik ook een ISP-contract worden genoemd.

2 Met name de Richtlijn 1997/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PbEG* 1997 L 144/19 (Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten) en de Richtlijn inzake elektronische handel.

3 Wet overeenkomsten op afstand, *Stb.* 2000, 617. Deze Wet is op 1 februari 2001 in werking getreden. Aanpassingswet inzake elektronische handel, *Stb.* 2004, 210, welke op 30 juni 2004 in werking is getreden.

4 Sandee 1995, p. 257.

fen 3.4, 3.5 en 3.6 meer in het bijzonder ingegaan op de wijze van totstandkomen van ISP-overeenkomsten via het internet. In paragraaf 3.7 wordt ingegaan op de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in ISP-overeenkomsten die tot stand zijn gekomen via het internet. In paragraaf 3.8 wordt het hoofdstuk afgesloten met een conclusie.

3.2 Een beeld van de praktijk

Er is geen uniformiteit in het totstandkomingsproces van ISP-overeenkomsten via de portal-sites van de verschillende ISP's.[5] Bij sommige ISP's is het niet mogelijk een overeenkomst af te sluiten via de website, maar kan alleen informatie worden opgevraagd. Voorzover overeenkomsten wel via de website kunnen worden afgesloten, verschilt het totstandkomingsproces per ISP.

In het van toepassing verklaren van algemene voorwaarden blijkt wel van uniformiteit sprake te zijn. De algemene voorwaarden zijn veelal opgenomen in het totstandkomingsproces van de overeenkomst via een hyperlink of een klein scherm binnen de pagina waar ze kunnen worden doorgescrold. Daaronder of daarbij bevindt zich een link 'akkoord' die door de aspirant-klant moet worden aangeklikt om de algemene voorwaarden ook op de overeenkomst van toepassing te doen zijn. Bij geen van de onderzochte ISP's kan er verder worden geklikt zonder akkoord te gaan met de algemene voorwaarden, zodat een aspirant-klant niet om de algemene voorwaarden heen kan. Bij geen van de onderzochte ISP's ben ik een 'download', 'save as' of 'print' knop tegengekomen bij het accepteren van de algemene voorwaarden, of met behulp waarvan de algemene voorwaarden moeten worden geaccepteerd. Hoe algemene voorwaarden rechtsgeldig elektronisch van toepassing kunnen worden verklaard, wordt in de voorlaatste paragraaf in dit hoofdstuk onderzocht.

3.3 Aanbod en aanvaarding

Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en een aanvaarding daarvan (art. 6:217 lid 1 BW). Het artikel draagt een inleidend karakter en geeft slechts de gewone wijze van totstandkomen weer. Ons wetboek kent geen opsomming van vereisten voor de totstandkoming van een overeenkomst. Aanbod en aanvaarding zijn eenzijdige rechtshandelingen, waarop de artt. 3:32 BW e.v. van toepassing zijn. Passen wij art. 6:217 BW toe op de ISP-overeenkomst, dan komt een ISP-overeenkomst tot stand door een aanbod van de ISP en een aanvaarding van dat aanbod door de klant. Aanbod en aanvaarding zijn verklaringen die ingevolge art. 3:37 lid 1 BW in iedere vorm kunnen geschieden, tenzij anders is bepaald. Hieruit volgt dat voor de totstandkoming

5 Zie bijlage paragraaf 3 'Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.

van een overeenkomst in beginsel geen vormvereiste geldt en deze tevens langs elektronische weg kan geschieden.

3.3.1 Aanbod ISP

Als wij eerst aandacht besteden aan het aanbod, dan blijkt dat de wet geen omschrijving geeft van het begrip 'aanbod'. Een ook voor het Nederlandse recht bruikbare definitie biedt art. 14 CISG[6] lid 1 eerste zin:[7]

> 'Een voorstel tot het sluiten van een overeenkomst, gericht tot één of meer bepaalde personen vormt een aanbod, indien het voldoende bepaald is en daaruit blijkt van de wil van de aanbieder om in geval van aanvaarding gebonden te zijn. Een voorstel is voldoende bepaald, indien daarin de zaken worden aangeduid en de hoeveelheid en de prijs uitdrukkelijk of stilzwijgend worden vastgesteld of bepaalbaar zijn.'

Het aanbod kan in beginsel in iedere vorm geschieden en kan ook opgesloten liggen in gedragingen. De inhoud van het aanbod dient te worden bepaald aan de hand van de wilsvertrouwensleer (artt. 3:33-35 BW). Wil het aanbod geldig zijn, dan dient het de wederpartij te hebben bereikt (art. 3:37 lid 3 BW), niet nietig of vernietigd te zijn (art. 6:218 BW), en niet te zijn ingetrokken (art. 3:37 lid 5 BW), herroepen (art. 6:219-220 BW) of vervallen (art. 6:221-222 BW). Een aanbod moet worden onderscheiden van een uitnodiging tot het doen van een aanbod.

Passen wij het bovenstaande toe op de ISP-overeenkomst dan is er sprake van een aanbod van de ISP indien de ISP een voldoende bepaald voorstel tot het sluiten van een overeenkomst richt tot één of meer bepaalde personen en daaruit blijkt van de wil van de ISP om in geval van aanvaarding gebonden te zijn. Het aanbod kan in beginsel in iedere vorm geschieden maar zal door een ISP veelal in elektronische vorm geschieden. Het aanbod zal via een website worden gericht tot één of meer bepaalde personen. Een voorstel van de ISP tot het sluiten van een overeenkomst, gericht via de website van de ISP (functie content van de ISP), is hier onderwerp van onderzoek. Daarbij kan ook sprake zijn van een uitnodiging tot het doen van een aanbod. Er is dan sprake van een elektronisch aanbod of een elektronische uitnodiging tot het doen van een aanbod. Andere vormen, bijvoorbeeld een aanbod van een ISP in een krant of een tijdschrift, laat ik buiten beschouwing omdat dan geen sprake is van een elektronisch aanbod. Dit onderzoek richt zich op het online sluiten van overeenkomsten.

---

6 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, Weens Koopverdrag), Verdrag van 11 april 1980, Wenen, *Trb.* 1986, 61.

7 Zie Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2004, p. 1155.

Het voorstel van een ISP is voldoende bepaald indien het pakket van ISP-diensten wordt aangeduid en de hoeveelheid en de prijs zijn vastgesteld of bepaalbaar zijn.[8] Uit welke verschillende diensten de aangeboden dienstenpakketten bestaan, wordt door de meeste ISP's duidelijk beschreven op de website. Een standaardabonnement bevat meestal de volgende diensten: internettoegang, e-mail, website (homepage), nieuwsgroepen, chat en helpdesk. Om een bepaald dienstenpakket te bestellen dient een aspirant-klant veelal 'verder' te klikken. Het is wenselijk dat op de pagina waar een aspirant-klant zich aanmeldt voor een bepaald dienstenpakket, de diensten nogmaals voldoende bepaald worden weergegeven zodat de aspirant-klant weet wat hij gaat aanvaarden. Dat vond ik in het praktijkonderzoek niet altijd even duidelijk tot uiting komen. Het begrip 'hoeveelheid' toegepast op het aanbod van een ISP kan worden uitgelegd als een bepaald aantal e-mail-adressen in een dienstenpakket, of een bepaalde hoeveelheid Mb opslagruimte en Mb dataverkeer voor een website die zit inbegrepen in een dienstenpakket. Men kan zich afvragen of een aanbod voldoende bepaald is als daarin specificaties, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de snelheid van een internetverbinding, ontbreken.[9] Het dienstenpakket is daarmee beter bepaald. Tevens kan op basis van de aanduiding in hoeveelheden (en eventueel snelheden) duidelijker onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende diensten(pakketten) die een ISP aanbiedt en daardoor kan de consument een betere en bewustere keuze maken voor een bepaalde ISP. Vervolgens blijkt dat niet alle ISP's een prijs hebben opgenomen in het aanbod, en dat zijn niet alleen de gratis ISP's. Bij de ISP's die geen prijs in hun aanbod hebben opgenomen, kan het aanbod ook niet elektronisch via de website worden aanvaard maar dient eerst aanvullende informatie te worden opgevraagd. Hier kan sprake zijn van een uitnodiging tot het doen van een aanbod.[10] Bij de ISP's die wel een prijs vermelden, betreft het meestal een

8 Uit het 'beeld van de praktijk' blijkt dat de meeste ISP's de term 'producten' hanteren voor de verschillende dienstenpakketten die zij aanbieden. Deze term is juridisch gezien niet gelukkig gekozen omdat er geen sprake is van een product in de zin van art. 6:187 lid 1 BW. Het is daarom duidelijker de term 'dienstenpakket' te hanteren. Bij de ISP's die internet via de kabel leveren, is wel sprake van een product voorzover het een kabelmodem betreft. Een kabelmodem is een apparaat, waarmee een computer data kan ontvangen en verzenden via dezelfde kabel die het signaal voor de TV levert. Een kabelmodem moet worden geïnstalleerd bij de aspirant-klant voordat hij gebruik kan gaan maken van het dienstenpakket. Van der Hof spreekt in haar proefschrift over *soft products* en *soft services*, waarmee zij digitale producten en diensten bedoelt. Zij gaat in op de vraag of *soft products* en *soft services* zonder problemen kunnen worden ondergebracht binnen het traditionele onderscheid tussen goederen en diensten. Zie Van der Hof 2002.

9 Zie Rb. Den Haag, 9 mei 2001, KG 01/362 Elronummer AB1514, m.nt. D. Hoefer, *TvC* 2001/4, p. 321-326, inzake A.Groep e.a./Casema., over het begrip 'snelheid'. De uitspraak luidde dat een consument niet mag rekenen op een snelle internetverbinding. Casema had zelfs geadverteerd met het aanbieden van een snelle verbinding, maar toch kon zij niet op grond van wanprestatie worden aangesproken. Ook niet wanneer blijkt dat andere ISP's wel snelle verbindingen aanbieden en de eigen aanbieder dat in vroegere tijden ook deed.

10 Zie Van Esch 2006, p. 132-133 en Sander 2001, p. 36.

eenmalig bedrag voor installatiekosten en vervolgens een vast bedrag per maand of jaar voor de gebruikskosten. Of een voorstel van een ISP voldoende bepaald is, is afhankelijk van de beschrijving van de inhoud van het dienstenpakket.

Van een website is bekend dat de informatie die erop staat gemakkelijk en snel kan worden gewijzigd en aangepast aan actuele omstandigheden. De gehele lay-out van een portal-site van een ISP kan van de één op de andere dag worden gewijzigd. Ook de inhoud van het elektronische aanbod op de website kan eenvoudig worden gewijzigd. Bij geen van de ISP's ben ik de mededeling tegengekomen dat een aanbod geldig is tot een bepaalde dag, en daarmee onherroepelijk is. Een ISP zou het als zijn voordeel kunnen zien om een bepaling op te nemen waarin staat dat de aanbiedingen vrijblijvend zijn, zodat een ISP nadat een klant het aanbod heeft geaccepteerd, zijn aanbod nog kan herroepen. Bijvoorbeeld: 'Alle aanbiedingen zijn geheel vrijblijvend, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk is bepaald.' Van Esch is van mening dat men voor de toepassing van art. 6:221 lid 1 BW een aanbod op een website gelijk zou kunnen stellen met een mondeling aanbod wat betekent dat het aanbod vervalt als de bezoeker niet tijdens zijn bezoek aan de website het aanbod aanvaardt.[11] Indien er op de website geen mededeling staat omtrent een bepaalde termijn dat het aanbod geldig is, deel ik deze mening omdat het karakter van het internet, en daarmee het karakter van een website dit met zich meebrengt. Herroeping speelt dan alleen nog een rol als de ISP het aanbod tijdens het bezoek van de wederpartij wijzigt.

3.3.2 Aanvaarding klant

De aanvaarding is een tot de aanbieder gerichte wilsverklaring en kan in beginsel ook in iedere vorm geschieden, het aanbod kan echter een bepaalde vorm voorschrijven (art. 3:37 lid 1 BW). Of de afgelegde verklaring een aanvaarding inhoudt, dient te worden bepaald aan de hand van de wilsvertrouwensleer. De aanvaarding moet inhoudelijk met het aanbod overeenstemmen. Met de ontvangst van de aanvaarding komt de overeenkomst tot stand (art. 3:37 BW).

Passen wij het bovenstaande toe op de ISP-overeenkomst, dan is sprake van een aanvaarding door de klant indien de klant zijn wilsverklaring richt tot de ISP, die inhoudelijk moet overeenstemmen met het aanbod van de ISP. Dit onderzoek richt zich op een elektronisch aanbod van de ISP op zijn website wat betekent dat de aanvaarding veelal ook elektronisch en daarmee op afstand zal geschieden. Uit de bijlage 'Een beeld van ISP-overeenkomsten', paragraaf 3, kunnen verschillende vormen van aanvaarden worden onderscheiden. De vormen zijn afhankelijk van welke mogelijkheden de ISP biedt:

11 Zie Van Esch 2006, p. 31 en 134.

1. Aanvaarding per reguliere post of fax
Het door een aspirant-klant per reguliere post of fax toesturen van een ingevuld en ondertekend aanmeldingsformulier dat kan worden gedownload en geprint vanaf de website van de ISP. Het is dan mogelijk een fysieke handtekening te plaatsen op het formulier. Indien het aanvaardingsformulier door de aspirant-klant per reguliere post wordt verstuurd, is er sprake van een overeenkomst op afstand. Indien het aanmeldingsformulier per fax wordt verstuurd is er ook sprake van een overeenkomst op afstand.[12] Deze mogelijkheid wordt door twee van de onderzochte ISP's geboden.

2. Telefonische aanmelding
Telefonische aanmelding door de aspirant-klant. Bij twee van de onderzochte ISP's staat op de website van de ISP vermeld dat wanneer u direct klant wilt worden u ook kunt bellen. Het telefonisch aanvaarden van het aanbod doet een overeenkomst op afstand ontstaan. Hoe de telefonische aanmelding verder in zijn werk gaat, staat niet vermeld en wordt in dit onderzoek verder buiten beschouwing gelaten.

3. Aanvaarding via starterspakket
Een aspirant-klant kan (telefonisch of elektronisch) een starterspakket bij een ISP opvragen of in een winkel een starterspakket kopen. Met behulp van het starterspakket kan de aspirant-klant zich vervolgens aanmelden bij de betreffende ISP. De aanschaf van het starterspakket in een winkel is een koopovereenkomst, die niet op afstand wordt gesloten. Het met behulp van het starterspakket sluiten van een ISP-overeenkomst is wel een overeenkomst op afstand. Ook is er sprake van een elektronische overeenkomst, de cd-rom is immers via de PC raadpleegbaar. Drie van de onderzochte ISP's bieden deze mogelijkheid.[13]

4. Aanvaarding via website
Tien van de onderzochte ISP's bieden een aspirant-klant de mogelijkheid zich online aan te melden via de website van de ISP. Door zijn persoonsgegevens (meestal naam, voorletters, achternaam, straat en nummer, postcode, plaats en telefoonnummer) op het web-formulier op de website van de ISP in te vullen kan een aspirant-klant zich aanmelden. Veelal dienen op dit web-formulier

12 Fax- en telexdiensten worden niet als diensten van de informatiemaatschappij beschouwd omdat deze niet via een systeem voor de opslag en verwerking van gegevens tot stand komen. Er is daarom geen sprake van een elektronische overeenkomst conform de Aanpassingswet inzake elektronische handel. Zie paragraaf 3.5 'Aanbod en aanvaarding elektronisch'.

13 Planet Internet biedt de mogelijkheid om de overeenkomst met behulp van een starterspakket (cd-rom) dat de aspirant-klant koopt in de winkel of telefonisch bestelt tot stand te laten komen. Bij Compuserve kan de Compuserve cd, die vergelijkbaar is met een starterspakket, elektronisch worden aangevraagd.

ook de na de totstandkoming door de klant te gebruiken log-in-naam, wachtwoord, en e-mail-adres te worden ingevuld. Door verzending van het webformulier kan het aanbod van de ISP door de aspirant-klant worden aanvaard. Het aanbod en de aanvaarding vinden via de website plaats. Er is per definitie sprake van een overeenkomst op afstand. De overeenkomst is ook per definitie elektronisch.

In dit onderzoek wordt verder alleen aandacht besteed aan mogelijkheid vier. De problemen die zich voor zouden kunnen doen bij de andere drie mogelijkheden zitten verdisconteerd in mogelijkheid vier en worden daarom niet apart behandeld.

3.4 AANBOD EN AANVAARDING OP AFSTAND[14]

Na afdeling 9 van boek 7 is een afdeling ingevoegd, luidende afdeling 9A, overeenkomsten op afstand (artt. 7:46a tot en met 46j BW). Het betreft hier de wet van 21 december 2000[15] tot aanpassing van boek 7 BW aan de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten.[16] Deze richtlijn bevat voor de verscheidene typen overeenkomsten voorschriften die worden ingegeven door de wijze waarop zij tot stand komen, namelijk met gebruikmaking van een bepaald middel voor communicatie op afstand.[17] Het bijzondere van de overeenkomsten op afstand is dat de regeling niet naar de inhoud van de overeenkomsten kijkt zoals bij alle andere bijzondere overeenkomsten in boek 7 het geval is, maar dat de regeling betrekking heeft op overeenkomsten die op een bepaalde wijze totstandkomen.[18] Het is daarom opvallend dat de overeenkomst op afstand bij de koopovereenkomst is geregeld terwijl de regeling overeenkom-

14 Zie ook Siemerink 2002 A.

15 *Stb.* 2000, 617. Deze Wet is op 1 februari 2001 in werking getreden (Wet overeenkomsten op afstand).

16 Deze Richtlijn beoogt de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen over overeenkomsten op afstand tussen consument en leverancier te harmoniseren. Daarnaast is er een Richtlijn over het aangaan van overeenkomsten gericht op het verrichten van financiële diensten 'op afstand' aan consumenten. Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijn 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad, *PbEG* 2002 L 271/16 (Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten). Zie ook Sander 2001.

17 Mede vanuit een oogpunt van wetgevingseconomie, en gelet op de belangrijke plaats die de koopovereenkomst inneemt tussen de door de Richtlijn bestreken overeenkomsten die op afstand tot stand komen, is gekozen voor invoering in titel 7.1 (koop en ruil), tussen de afdelingen 9 (koop op proef) en 10 (koop van vermogensrechten), van een nieuwe afdeling 9A, getiteld 'Overeenkomsten op afstand'. Zie MvT bij de wet, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 7.

18 Zie Sander 2001, p. 31-35 en Drion 2000.

sten op afstand geldt voor alle overeenkomsten.[19] De overeenkomst op afstand heeft een andere dimensie dan de overige bijzondere overeenkomsten.

3.4.1 Begripsbepalingen

Een overeenkomst op afstand is een overeenkomst waarbij, in het kader van een door de verkoper of dienstverlener georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand, tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een of meer technieken voor communicatie op afstand (art. 7:46a sub a BW).[20] Koop op afstand is: de overeenkomst op afstand die een consumentenkoop is (art. 7:46a sub b BW). Een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten is: de tot het verrichten van diensten strekkende overeenkomst op afstand tussen een dienstverlener die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 7:46a sub c BW). Alleen de consument geniet bescherming. Techniek voor communicatie op afstand is een middel dat zonder gelijktijdige persoonlijke aanwezigheid van partijen kan worden gebruikt voor het sluiten van de overeenkomst op afstand (art. 7:46a sub d BW).[21] Kort gezegd wordt bedoeld dat een consument goederen en diensten kan kopen, zonder in de nabijheid van de leverancier te zijn. Het betreft overeenkomsten die met behulp van de post, de (mobiele) telefoon, de televisie, de fax, een website of de elektronische post tot stand komen.[22] De regels gelden niet voor de bouw en verkoop van onroerend goed, distributieautomaten en geautomatiseerde handelsruimten,[23] de verkoop bij opbod (bijvoorbeeld internet veilingen) en overeenkomsten met een telefoonmaatschappij inzake het bellen met een openbare telefoon. De afdeling overeen-

19 Zie ook Drion 2001, p. 426.

20 Zie art. 2 sub 2 Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten.

21 Zie art. 2 sub 4 Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten.

22 In bijlage I bij de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten is een niet uitputtende opsomming opgenomen van communicatietechnieken waarop de Richtlijn in ieder geval ziet. Zie MvT *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 15, waar de opsomming is overgenomen. In deze opsomming komt 'website' of 'internet' niet voor, maar het afsluiten van een overeenkomst via een website/het internet is een overeenkomst op afstand conform art. 7:46a BW. Dit blijkt ook uit de eerste twee zinnen van de MvT: 'Dit wetsvoorstel strekt tot bescherming van consumenten bij overeenkomsten die op afstand tot stand komen. Daartoe behoren overeenkomsten die worden gesloten via het internet, de telefoon, de fax en de post.'

23 Hierbij kan worden gedacht aan automaten door middel waarvan bijvoorbeeld etenswaren, dranken en rookartikelen kunnen worden verkregen. Een voorbeeld van een geautomatiseerde handelsruimte zou kunnen zijn een hal waarin men bepaalde levensmiddelen uit de muur kan verkrijgen. Aldus de MvT *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 15-16. Op de vraag of een geautomatiseerde handelsruimte ook een e-commerce site kan zijn, wordt in de MvT niet ingegaan. Beantwoording van deze vraag ligt buiten het bestek van onderhavig onderzoek, maar is zeker interessant.

komsten op afstand is grotendeels van dwingend recht (art. 7:46j lid 1 BW), om de consument zoveel mogelijk te beschermen.

Passen wij de begripsbepalingen uit de wet overeenkomsten op afstand (art. 7:46a BW) toe op de ISP-overeenkomst, dan blijkt dat een ISP-overeenkomst een overeenkomst op afstand is wanneer een ISP zijn aanbod openbaar maakt op zijn website en er tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand. Dit onderzoek richt zich op gevallen waarin de ISP met de klant via de website van de ISP de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten sluit.

3.4.2 Informatie voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst

Bij overeenkomsten die op afstand worden gesloten, is het meestal niet mogelijk de aan te schaffen diensten aan een nadere inspectie te onderwerpen. De consument moet het doen met de door de ISP verstrekte informatie op de website.[24] Om een juiste afweging te maken, is het voor de consument van belang dat hij voldoende informatie over de aangeboden diensten verkrijgt. Indien een ISP zijn aanbod richt tot consumenten, dient hij aan enkele informatieverplichtingen te voldoen (art. 7:46c jo. art. 7:46i BW). Tijdig voordat de ISP-overeenkomst wordt gesloten, moeten aan de consument met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen en op duidelijke en begrijpelijke wijze, de volgende gegevens worden verstrekt, waarvan het commerciële oogmerk ondubbelzinnig moet blijken (art. 7:46c lid 1 BW):[25]

a. de identiteit en, indien de overeenkomst op afstand verplicht tot vooruitbetaling van de prijs of een gedeelte daarvan, het adres van de ISP;
Verstrekking van identiteit en adres zijn belangrijke gegevens indien een overeenkomst op afstand wordt gesloten omdat de wederpartij dan weet met wie hij van doen heeft.

b. de belangrijkste kenmerken van het dienstenpakket;
Een ISP dient de belangrijkste kenmerken van de diensten waaruit zijn dienstenpakket bestaat, te vermelden. Deze informatie is van belang omdat de consument zich met deze informatie een toereikend beeld moet kunnen vormen van de diensten die hem worden aangeboden. De omschrijving is ook van belang indien na het verstrekken van de diensten onenigheid tussen ISP en

24 Dat geldt echter ook voor alle andere diensten die je aanschaft, op afstand of niet. Het is altijd afwachten wat je krijgt.
25 De opsomming is (soms in andere bewoordingen) van art. 4 lid 1 Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten overgenomen.

consument ontstaat over de vraag of de verstrekte diensten aan de overeenkomst tot het verrichten van diensten beantwoorden.[26]

c. de prijs, met inbegrip van alle belastingen, van het dienstenpakket;
Verschaffing van prijsinformatie maakt het aanbod bepaalbaarder. Indien een ISP zijn dienstenpakket gratis verstrekt, dient hij dit niet expliciet te vermelden. Indien de prijsinformatie inclusief belastingen is, biedt dat meer duidelijkheid aan de consument.

d. voorzover van toepassing: de kosten van aflevering;
Dit onderdeel gaat ervan uit dat de kosten van aflevering afzonderlijk aan de koper in rekening kunnen worden gebracht.[27] Van aflevering zou sprake kunnen zijn bij de ISP's die internet via de kabel aanbieden[28] en een kabelmodem bij de klant thuis komen installeren. Een kabelmodem dient dan te worden afgeleverd.[29] Wanneer een kabelmodem tevens wordt geïnstalleerd, worden meestal ook aansluitkosten in rekening gebracht.

e. de wijze van betaling, aflevering of uitvoering van de overeenkomst op afstand;
Omdat de overeenkomst 'op afstand' wordt gesloten is het van belang dat een ISP aan een consument informatie verschaft over de uitvoering van de overeenkomst zodat een consument weet wanneer en hoe hij gebruik kan maken van de diensten. Zeker gezien het ontbindingsrecht dat een consument bij een op afstand gesloten overeenkomst heeft. Ook informatie over de wijze van betaling, bij ISP-overeenkomsten zal het veelal gaan om vooruitbetaling, is relevant.

---

26 MvT *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 18.
27 MvT *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 18.
28 ISP's die internet via de kabel leveren zijn bijvoorbeeld Chello, @Home en Casema.
29 Een ADSL-modem wordt meestal niet geïnstalleerd door de ISP maar dient door een klant te worden gekocht en vervolgens zelf te worden geïnstalleerd. Bij zowel een internetabonnement via een kabelmodem als een internetabonnement via een ADSL-modem zou er sprake kunnen zijn van een gemengde overeenkomst op afstand op grond van art. 6:215 BW. Een gedeelte van de overeenkomst betreft dan een overeenkomst op afstand die een consumentenkoop is, het andere gedeelte een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten. Dit heeft consequenties voor toepassing van het ontbindingsrecht in art. 7:46d BW. Terwijl de klant er mee in heeft gestemd dat de uitvoering van het verrichten van de diensten aanvangt voordat de termijn van zeven werkdagen is verstreken en daarmee art. 7:46d BW niet van toepassing is op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten, kan het gedeelte van de overeenkomst dat betrekking heeft op het modem door de klant gedurende zeven werkdagen na ontvangst van het modem worden ontbonden. Zonder modem kunnen de diensten echter niet worden verricht.

f. het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e;
Een ISP dient een aspirant-klant te informeren over het al dan niet van toepassing zijn van het ontbindingsrecht. Uit deze formulering zou kunnen worden opgemaakt dat het ontbindingsrecht neergelegd in art. 7:46d lid 1 BW niet van dwingend recht is. Echter, bedoeld is hier dat er wettelijke uitzonderingen zijn voor het niet van toepassing zijn van het ontbindingsrecht (artt. 7:46b en 46i BW) en dat ook daarover aan de consument informatie dient te worden verschaft.

g. indien de kosten van het gebruik van de techniek voor communicatie op afstand worden berekend op een andere grondslag dan het basistarief: de hoogte van het geldende tarief;
Afwijking van het basistarief dient te worden gemeld. Bij een ADSL-abonnement kan er meestal tegen een vast bedrag per maand gebruik worden gemaakt van het internet. Wanneer er via een telefoonmodem bij een ISP wordt ingebeld, is het tarief afhankelijk van het aantal telefoontikken.

h. de termijn voor de aanvaarding van het aanbod, dan wel de termijn voor het gestand doen van de prijs;
Een termijn voor de aanvaarding van het aanbod, dan wel het gestand doen van de prijs dient te worden verstrekt wanneer de ISP een termijn hanteert. Wanneer er geen termijn wordt gehanteerd vervalt een aanbod zodra het bezoek aan de website eindigt.[30] Een ISP zou dit uitdrukkelijk op zijn website kunnen vermelden.

i. voorzover van toepassing, in geval van een overeenkomst op afstand die strekt tot voortdurende of periodieke aflevering van diensten: de minimale duur van de overeenkomst.
Bij een ISP-overeenkomst gaat het om voortdurende of periodieke aflevering van diensten, een ISP dient daarom de minimale duur van de overeenkomst mee te delen.

Het is niet duidelijk welke waarde er dient te worden toegekend aan deze precontractuele informatieplichten. Uit art. 7:46j BW kunnen wij opmaken dat de precontractuele informatieplichten van dwingend recht zijn.[31] Er geldt geen vormvereiste voor het verschaffen van de informatie. Een ISP zal aan deze precontractuele informatieplichten kunnen voldoen door deze informatie tijdig voor het sluiten van een overeenkomst duidelijk en begrijpelijk op zijn website te plaatsen. Er zijn verschillende mogelijkheden waar deze informatie op de

30 Zie ook Van Esch 2006, p. 31 en 134.
31 In Tekst & Commentaar, *Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 966 staat dat er een sanctie geldt op grond van art. 7:46d lid 1 BW. Deze sanctie is echter betekenisloos, er is immers nog geen overeenkomst tot stand gekomen.

website zou kunnen worden geplaatst: bijvoorbeeld ergens op de aanmeldingssite waar een consument de overeenkomst kan sluiten of in de elektronische algemene voorwaarden die door middel van een hyperlink raadpleegbaar zijn.[32] Internet biedt de mogelijkheid algemene voorwaarden eenvoudig voorafgaand aan het sluiten van overeenkomsten raadpleegbaar te maken. Het is echter de vraag of bij het opnemen van de informatie in de algemene voorwaarden sprake is van het op duidelijke en begrijpelijke wijze verstrekken van informatie. Duidelijker en begrijpelijker is het de informatie op de website op te nemen.[33]

3.4.3 Informatie na het sluiten van de overeenkomst

Tijdig bij de nakoming van de overeenkomst op afstand en, voorzover het niet aan derden af te leveren zaken betreft, uiterlijk bij de aflevering, moeten aan de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk of, voorzover het in de onderdelen a en c-e bedoelde gegevens betreft, op een andere ter zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke gegevensdrager, de volgende gegevens worden verstrekt, behoudens voorzover zulks reeds is geschied voordat de overeenkomst op afstand werd gesloten (art. 7:46c lid 2 BW):[34]

a. de gegevens, bedoeld in de onderdelen a-f van lid 1;
Indien deze informatie reeds in de voorgeschreven vorm, schriftelijk of op een gegevensdrager, voor het sluiten van de overeenkomst is verstrekt, hoeft dit niet nogmaals te gebeuren. Er wordt daarom ook wel gesproken van bevestiging van informatie.

b. de vereisten voor de gebruikmaking van het recht tot ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e lid 2;
Indien de consument gerechtigd is tot ontbinding binnen een bedenktijd overeenkomstig art. 7:46d lid 1 BW, dient hij uiteraard ook op de hoogte te zijn van de vereisten voor en eventuele kosten als gevolg van gebruikmaking van deze rechten. Een ISP is daarom verplicht tot *schriftelijke* mededeling van informatie hieromtrent: het aanvangstijdstip en de duur van de bedenktijden

32 Zie Van Esch & Bramer 2000, p. 286.
33 Over de toepasselijkheid van elektronische algemene voorwaarden is nog geen eenduidigheid: is een hyperlink voldoende of niet? Aangezien er een betekenisloze sanctie rust op de precontractuele informatieplichten en er geen vormvereiste geldt, is het antwoord op deze vraag hier nog niet belangrijk.
34 De hier genoemde opsomming is in vrijwel gelijkluidende bewoordingen overgenomen van art. 5 Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten.

die de koper ter beschikking kunnen staan, en het niet verschuldigd zijn van enige vergoeding in geval van uitoefening van het ontbindingsrecht.[35]

c. het bezoekadres van de vestiging van de ISP waar de consument een klacht kan indienen;
Met het bezoekadres wordt het geografisch adres bedoeld.[36] Vermelding van een postbusnummer als adres is uitgesloten.

d. voorzover van toepassing: gegevens omtrent de garantie en omtrent in het kader van de overeenkomst op afstand aangeboden diensten;
Garantie zoals hier bedoeld is van toepassing op consumptiegoederen zoals bedoeld in de Richtlijn garanties consumptiegoederen.[37] Onder consumptiegoederen verstaat de richtlijn: alle roerende lichamelijke zaken. Daaruit kan worden afgeleid dat gegevens omtrent de garantie niet hoeven te worden medegedeeld met betrekking tot de diensten van een ISP. Dat zijn immers geen consumptiegoederen. Met aangeboden diensten in het kader van de overeenkomst op afstand wordt *after sales service* bedoeld.[38] Hierbij kan worden gedacht aan de helpdesk van een ISP. De helpdesk kan ook worden gezien als onderdeel van het dienstenpakket van de ISP. Ik beschouw de helpdesk als onderdeel van het dienstenpakket van de ISP behorende tot de functie extra value.

e. indien de overeenkomst op afstand een duur heeft van meer dan een jaar dan wel een onbepaalde duur: de vereisten voor opzegging van de overeenkomst.
Hiertoe verwijs ik naar art. 6:237 sub k BW.[39]

Uit lid 2 van art. 7:46c BW kan worden opgemaakt dat het nog mogelijk is deze informatie tijdig bij de nakoming van de overeenkomst op afstand te verschaffen. Er gelden vormvereisten voor de informatieplichten uit art. 7:46c lid 2 BW: hoofdregel is schriftelijk,[40] het alternatief is op een duurzame gegevensdrager. Een duurzame gegevensdrager is:

> 'elk hulpmiddel dat de consument in staat stelt om persoonlijk en specifiek aan hem gerichte informatie op te slaan, met name computerdiskettes, cd-roms en de

35 MvT *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 20.
36 MvT *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 20.
37 Zie MvT *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 21 en Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* L171 (Richtlijn garanties consumptie goederen).
38 Zie art. 5 lid 1 Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten.
39 Zie hoofdstuk 5 paragraaf 5.2.2.3 'Contractsduur: art. 6:237 sub k BW'.
40 De tekst boven art. 5 Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten luidt: 'Schriftelijke bevestiging van de informatie'.

harde schijf van de computer van de consument voor de opslag van elektronische boodschappen.'[41]

Het is niet duidelijk of een ISP voor het verstrekken van de betreffende informatie gebruik kan maken van zijn website.[42] Een website is immers geen duurzame gegevensdrager, tenzij het gaat om persoonlijk aan de consument gerichte informatie en hij in staat wordt gesteld om de gegevens op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de gegevens kunnen dienen, en die ongewijzigde reproductie van de opgeslagen gegevens mogelijk maakt. Het is de vraag wanneer op een website precies sprake is van persoonlijk aan de consument gerichte informatie. Daarvan is in ieder geval geen sprake wanneer iedere bezoeker van de website door het aanklikken van een link toegang kan krijgen tot de betreffende informatie. Er kan sprake zijn van persoonlijk aan de consument gerichte informatie wanneer tijdens het totstandkomingsproces van de overeenkomst via de website of zodra de overeenkomst is gesloten de door de consument ingevulde gegevens betreffende de overeenkomst nogmaals in beeld komen en daarbij zijn naam wordt vermeld en hem de betreffende informatie wordt verstrekt met de mogelijkheid de informatie te downloaden en op te slaan op zijn harde schijf of te printen.[43] De consument werkt dan mee aan de vervulling van de informatieplicht van de ISP door de informatie te downloaden of te printen. Voor het openen van een e-mailbericht moet een consument echter ook inspanningen verrichten. Een printer zal niet altijd aanwezig zijn, maar van de meeste internetgebruikers mag worden verwacht dat ze informatie kunnen downloaden en opslaan op de harde schijf van hun eigen computer.

Voor sub b uit art. 7:46c lid 2 BW wordt geen alternatief geboden: de consument dient *schriftelijk* te worden geïnformeerd over de vereisten die

---

41 Deze definitie van een duurzame gegevensdrager is afkomstig uit art. 2 sub f van de Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten, die de volgende definitie van duurzame drager geeft: 'ieder hulpmiddel dat de consument in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen, en die een ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maakt.' In overweging 20 van de richtlijn staat: 'Onder duurzame dragers worden met name verstaan computerdiskettes, cd-rom's, DVD's en de harde schijf van de computer van de consument waarop de elektronische post wordt opgeslagen, maar niet internetwebsites, tenzij die voldoen aan de in de definitie van duurzame drager opgenomen criteria.' Deze omschrijving kan worden benut als richtsnoer bij de uitleg van het begrip 'duurzame gegevensdrager' in de wet overeenkomsten op afstand, aldus de MvT *Kamerstukken II*, 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 19-20. De Richtlijn is in Nederland omgezet in nationale wetgeving door middel van de Wet financiële dienstverlening (Wfd), *Stb.* 2005, 339, Wet van 12 mei 2005, welke op 1 januari 2006 in werking is getreden. De definitie van duurzame gegevensdrager is overgenomen in art. 1 sub h van de Wfd.

42 Zie Van Esch 2006, p. 44-45 en Van Esch & Bramer 2000, p. 286.

43 Zie ook Wefers Bettink 2001, p. 21 en Asser-Hijma 5-I 2001, p. 89.

gelden voor ontbinding binnen de bedenktijd, dit kan niet op een duurzame gegevensdrager.[44] De wetgever heeft hier alleen gedacht aan zaken als object van de overeenkomst die moeten worden afgeleverd en waarbij deze informatie eenvoudig schriftelijk kan worden bijgevoegd. Voor de ISP betekent dit dat er toch altijd nog een briefje met de betreffende informatie moet worden gestuurd aan de consument bij nakoming van de overeenkomst terwijl de rest allemaal elektronisch kan plaatsvinden.

Een sanctie op het niet voldoen aan de eisen gesteld in art. 7:46c lid 2 BW is een verlenging van de bedenktijd van het ontbindingsrecht (art. 7:46d lid 1 BW) waarover hieronder meer. Na het sluiten van de overeenkomst rust er dus een sanctie op het niet voldoen aan de informatieplichten. De sanctie van art. 7:46d BW is niet alleen van toepassing indien niet voldaan is aan de inhoudelijke informatieplichten uit art. 7:46c lid 2 BW, maar ook indien niet aan de vormvereisten is voldaan en indien de presentatie van de informatie niet op een duidelijke en begrijpelijke wijze geschiedt.[45] Mijns inziens kan daarvan geen sprake zijn wanneer de informatie in de algemene voorwaarden wordt neergelegd.[46] Indien de informatie toch in de algemene voorwaarden is opgenomen dienen de algemene voorwaarden per e-mail, op een cd-rom, op diskette of op schrift ter beschikking te worden gesteld aan de consument. Voor het ter hand stellen van algemene voorwaarden wordt in de rechtsliteratuur soms aangenomen dat een hyperlink voldoende is.[47] Echter, een hyperlink op een pagina is geen duurzame gegevensdrager zoals neergelegd in de wet overeenkomsten op afstand. De informatie kan dus wel worden opgenomen in de algemene voorwaarden die raadpleegbaar zijn via de website, ik ben daar echter geen voorstander van, maar er is dan nog niet voldaan aan art. 7:46c lid 2 BW. Daarvoor is meer nodig, bijvoorbeeld een 'download' of 'save as' knop bij de algemene voorwaarden waarmee de consument de algemene voorwaarden op de harde schijf van zijn computer kan opslaan.[48] De harde schijf is wel een duurzame gegevensdrager.

---

44 In de Aanpassingswet inzake elektronische handel is het woord *schriftelijk* geschrapt in de definitie van algemene voorwaarden (art. 6:231 sub a BW) om het elektronisch sluiten van overeenkomsten mogelijk te maken. De wet overeenkomsten op afstand belemmert nu juist het elektronisch contracteren door het woord *schriftelijk* in de wet op te nemen en geen alternatief te bieden voor art. 7:46c lid 2 sub b BW.

45 In art. 7:46d lid 1 BW is bepaald dat moet worden voldaan aan alle in art. 7:46c lid 2 BW gestelde eisen.

46 Hier wordt ingegaan op algemene voorwaarden en de informatieplichten uit de wet overeenkomsten op afstand. De toepasselijkheid van algemene voorwaarden in ISP-overeenkomsten wordt in paragraaf 3.7 behandeld.

47 De tekst van art. 6:234 lid 1 sub c BW lijkt met zich te brengen dat een terhandstelling via een hyperlink niet voldoende is. Zie ook Drion & Van Wechem 2002, p. 439.

48 In de Aanpassingswet inzake elektronische handel wordt aan art. 6:234 lid 1 BW sub c toegevoegd waarin het elektronisch ter hand stellen van algemene voorwaarden op de hier beschreven manier wordt geregeld. Het lijkt mij dat daarmee ook aan het begrip duurzame gegevensdrager uit art. 7:46c lid 2 BW wordt voldaan door gegevens met behulp van een website op de harde schijf op te slaan.

Op de harde schijf van de computer van de consument kunnen e-mail-berichten worden opgeslagen. Een ISP zou er voor kunnen kiezen zijn algemene voorwaarden via een e-mail-bericht aan de klant ter beschikking te stellen. Een e-mail-bericht op zich is geen duurzame gegevensdrager. Zodra het e-mail-bericht is opgeslagen op de harde schijf zou een e-mail-bericht kunnen worden beschouwd als een duurzame gegevensdrager. De belemmering die zich voor zal doen bij een aspirant-klant die een overeenkomst met een ISP sluit, is dat de klant nog niet over een e-mail-adres beschikt. Of dat de aspirant-klant wel over een e-mail-adres beschikt maar dat de ISP hier geen kennis van heeft omdat hij hier bij de aanvaarding niet naar heeft gevraagd. De informatie uit de wet overeenkomsten op afstand kan wel op het nieuwe e-mail-adres dat onderdeel uitmaakt van het dienstenpakket aan de klant, worden verstrekt. Daarnaast dient nog te worden opgemerkt dat een e-mail-bericht niet altijd automatisch op de harde schijf van de computer van de consument wordt opgeslagen. Een consument kan zijn e-mail ontvangst programma echter zo inrichten c.q. installeren dat binnenkomende e-mail-berichten automatisch op de harde schijf van zijn PC worden opgeslagen.

3.4.4 Ontbindingsrecht c.q. herroepingsrecht

Eén van de belangrijkste bepalingen in de afdeling overeenkomsten op afstand is het ontbindingsrecht van de consument (art. 7:46d lid 1-3 jo. 7:46i BW). De Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten hanteert het begrip herroepingsrecht.[49] In de Nederlandse wet is er voor gekozen hiervoor het begrip ontbindingsrecht te hanteren om zo beter aan te sluiten bij de overige terminologie van ons wetboek.[50] De vraag is echter of ontbindingsrecht hier wel de juiste term is. Hijma beoogt, en naar mijn mening met succes, dat hier met het ontbindingsrecht mogelijk het recht op vernietiging is bedoeld en de term ontbinden bovenal letterlijk is te verstaan: *ont-binden*, slechten van de contractule band.[51] Vernietiging gaat uit van een totstandgekomen overeenkomst, die op grond van een bij de contractssluiting aanwezig probleem kan worden tenietgedaan (vernietigd) door één van beide partijen. De argumenten die Hijma voor vernietiging aandraagt zijn dat weerstandstekort en informatietekort een volwaardige wilsvorming belemmeren en daarmee in wezen als wils(vormings)gebreken zijn te beschouwen. Vervolgens sluit de gedachte van annulering aan bij de vermoedelijke belevingswereld van partijen. En boven-

49 'Bij elke overeenkomst op afstand beschikt de consument over een termijn van ten minste 7 werkdagen waarbinnen hij de overeenkomst kan herroepen zonder betaling van een boete en zonder opgave van redenen. Aan de consument kunnen, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van goederen worden aangerekend', art. 6 lid 1 Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten.

50 Zie MvT *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 22.

51 Zie Hijma 2004, p. 29-43.

dien verschaft het onderbrengen bij de vernietigbaarheden houvast, nu de wet te dien aanzien een solide rechtsstelsel bevat.[52] Wanneer ik hieronder spreek van ontbinden in de zin van de wet overeenkomsten op afstand ga ik er daarom – met Hijma – vanuit dat wordt bedoeld vernietigen.

Omdat de consument vooraf geen mogelijkheid heeft een zaak te zien of te testen, acht de wetgever het noodzakelijk de consument een bedenktijd van zeven werkdagen te gunnen waarbinnen deze de zaak zonder opgaaf van redenen kan retourneren, of in het geval van een dienst, de overeenkomst kan ontbinden. Voor zaken gaat deze redenering op, wat betreft diensten heeft een consument offline vooraf ook geen mogelijkheid de dienst te testen. 'Dat wat offline geldt, moet ook online gelden' kan voor diensten dus niet opgaan. In art. 7:46d lid 1 tot en met 3 staat het volgende:

> 'Gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak heeft de koper (lees consument klant van ISP *LS*) het recht de koop op afstand (lees overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten *LS*) zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien niet is voldaan aan alle in artikel 46c lid 2 gestelde eisen, bedraagt deze termijn drie maanden. De eerste zin is van overeenkomstige toepassing vanaf de voldoening binnen de in de tweede zin bedoelde termijn aan alle in artikel 46c lid 2 gestelde eisen. In geval van ontbinding overeenkomstig lid 1 kan de verkoper (lees ISP *LS*), behoudens ten hoogste de rechtstreekse kosten van het terugzenden van de zaak, aan de koper (lees consument klant van ISP *LS*) geen vergoeding in rekening brengen. In geval van ontbinding overeenkomstig lid 1 heeft de koper (lees consument klant van ISP *LS*) recht op kosteloze teruggave van het door hem aan de verkoper (lees ISP *LS*) betaalde. De teruggave moet zo spoedig mogelijk en in ieder geval binnen dertig dagen na ontbinding plaatsvinden.'

De ontbindingstermijn van zeven werkdagen kan voor diensten op twee mogelijke tijdstippen aanvangen. In beginsel vangt de ontbindingstermijn van zeven werkdagen aan op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten, tijdstip één. Heeft de ISP niet voldaan aan alle in art. 7:46c lid 2 BW gestelde eisen, dan is de termijn maximaal drie maanden. Deze gaat ook in op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten.[53] Op de dag waarop vervolgens wel aan de verplichtingen van art. 7:46c lid 2 BW is voldaan, mits die dag gelegen is binnen drie maanden na de sluiting van de overeenkomst, vangt alsnog de ontbindingstermijn van zeven werkdagen aan, tijdstip twee.[54] De rechtsgevolgen van de ontbinding van de overeenkomst op grond van

---

52 Zie Hijma 2004, p. 32-34.

53 Naast verlenging van de bedenktijd, levert het niet vervullen van de informatieplichten door de ISP een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis op. Dit heeft tot gevolg dat de gevolgen van wanprestatie, zoals het vorderen van schadevergoeding, ook op de overeenkomst op afstand van toepassing zijn.

54 Wanneer een dag voor het verstrijken van de termijn van drie maanden alsnog aan de informatieplichten wordt voldaan, gaat alsnog een ontbindingstermijn van zeven dagen gelden. Dan zou de totale termijn dus drie maanden en zeven dagen zijn.

art. 7:46d lid 1 BW zijn met name de bevrijding van partijen van de door de ontbinding getroffen verbintenissen en de verplichting tot ongedaanmaking van reeds ontvangen prestaties. Nu ontbinding hier kan worden gelezen als vernietiging is de verbintenis tot ongedaanmaking gebaseerd op art. 6:203 BW en is het gevolg tevens dat de vernietiging terugwerkende kracht heeft (art. 3:53 lid 1 BW) en als gevolg daarvan goederenrechtelijk effect heeft.[55] Het ontbindingsrecht is van dwingend recht en is daarom altijd van toepassing op een overeenkomst op afstand tenzij er sprake is van een wettelijke uitzondering.[56]

3.4.4.1 Instemming

De ontbindingsmogelijkheid voor de consument van een ISP-overeenkomst gaat dus in zodra de overeenkomst op afstand is gesloten. Afhankelijk van het feit of de ISP wel of niet aan alle informatieplichten heeft voldaan, bedraagt de termijn zeven werkdagen of maximaal drie maanden, met een mogelijkheid voor de ISP alsnog aan de informatieplichten te voldoen. Hoe moet het ontbindingsrecht worden uitgelegd ten opzichte van de duurovereenkomst[57] (meestal de duur van een jaar, die telkens met een jaar verlengd kan worden) tot het verrichten van diensten die een consument sluit met een ISP? Er van uit gaande dat de ISP aan zijn informatieplichten heeft voldaan, dan geldt er een ontbindingstermijn van zeven werkdagen. Zal de ISP zeven werkdagen wachten met het daadwerkelijk verrichten van de diensten aan de consument? Wat er op neer zal komen dat de diensten pas na zeven werkdagen na het sluiten van de overeenkomst worden verleend nadat het ontbindingsrecht is vervallen. Of verricht de ISP meteen nadat de overeenkomst is gesloten de diensten en kan de consument zeven werkdagen gebruik maken van de diensten en dan alsnog de overeenkomst ontbinden, zonder hier de ISP een vergoeding voor te hoeven betalen? Dat is immers wel waar de wetgever op heeft gedoeld: omdat de consument geen mogelijkheid heeft de te verrichten diensten te testen, wordt hem een kosteloze wettelijke ontbindingsmogelijkheid geboden van zeven werkdagen. Het probleem is dat verleende diensten niet meer ongedaan kunnen worden gemaakt. De ontbinding kan kosteloos, zonder vergoedingsverplichting en zonder opgave van redenen door de klant geschieden, ook indien de aard van de prestatie (het verrichten van diensten) uitsluit dat de prestatie ongedaan wordt gemaakt. Gedurende zeven werkdagen

55 Zie Hijma 2004, p. 39-43. In de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 5, p. 24, is overigens opgemerkt dat hetgeen in de artt. 6:271 e.v. BW over de rechtsgevolgen van de ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming is bepaald, naar analogie van toepassing is op de ontbinding uit hoofde van art. 7:46d BW.

56 De wettelijke uitzonderingen zijn neergelegd in de artt. 7:46b en 7:46i BW.

57 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.4 'Duurovereenkomst'.

ontstaat er dan een gratis proefabonnement omdat er zonder opgave van redenen kan worden ontbonden.

Op grond van art. 7:46i lid 5 sub a BW is art. 7:46d BW echter niet van toepassing op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten waarvan de nakoming met instemming van de wederpartij is begonnen voordat de in art. 7:46d lid 1 BW bedoelde termijn van zeven werkdagen is verstreken.[58] Belangrijk is dat deze uitzondering alleen geldt indien de consument met de uitvoering van de dienst heeft ingestemd. Indien dus de consument instemt met de uitvoering van de diensten door de ISP voordat de ontbindingstermijn van zeven werkdagen is verstreken, kan de consument geen ontbindingsrecht meer uitoefenen. De vraag is wanneer er sprake is van instemming van de consument.

Wij slaan de MvT er op na en lezen daar dat de reden voor het maken van de uitzondering in art. 7:46i lid 5 sub a BW is dat een reeds uitgevoerde dienst, anders dan terugzending van geleverde zaken, bezwaarlijk kan worden teruggedraaid.[59] De consument die heeft toegestemd in het verrichten van de dienst binnen zeven werkdagen na het totstandkomen van de overeenkomst kan de ontbindingsbevoegdheid worden ontzegd, mits de consument voordat de verrichting van de dienst begon is geïnformeerd over de ontbindingsbevoegdheid en de daarbij behorende termijn. In een verplichting van de ISP om die informatie aan de consument te verschaffen is voorzien in art. 7:46c lid 1 sub f en lid 2 sub a en b jo. art. 7:46i lid 1 BW. Daarbij is van belang dat de uitzondering schuilt in een begin van de uitvoering van de diensten voor het einde van de in art. 7:46d lid 1 BW bedoelde bedenktijd van zeven werkdagen. Indien de ISP niet aan al zijn informatieverplichtingen uit hoofde van art. 7:46c BW heeft voldaan, waardoor de bedenktijd van zeven werkdagen wordt vervangen door een bedenktijd van maximaal drie maanden, geldt de uitzondering niet en heeft de consument dus wel de ontbindingsbevoegdheid binnen die bedenktijd. Dan ontstaat er een gratis proefabonnement van drie maanden. Indien de ISP binnen de bedenktijd van drie maanden alsnog aan al zijn informatieverplichtingen voldoet, heeft de consument nadien nog een bedenktijd van zeven werkdagen. Start de ISP voor het einde van die laatste bedenktijd met het verrichten van de dienst met instemming van de consu-

58 'Tenzij de leverancier en de consument anders hebben afgesproken, kan de consument het herroepingsrecht niet uitoefenen voor overeenkomsten betreffende de levering van diensten waarvan de uitvoering met instemming van de consument begonnen is voor het einde van de herroepingstermijn van zeven werkdagen', art. 6 lid 3 sub 1 Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten.

59 Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 32-33. In art. 7:46d lid 4 sub b ten derde BW is bepaald dat het ontbindingsrecht niet van toepassing is op zaken die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden. Uit art. 7:46i lid 1BW blijkt dat deze bepaling niet op overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten van toepassing is. Het is opmerkelijk dat voor zaken die naar hun aard niet kunnen worden teruggezonden een andere uitzondering wordt gemaakt dan voor diensten die per definitie naar hun aard niet kunnen worden teruggezonden.

ment, dan komt de consument niet meer zijn ontbindingsbevoegdheid binnen de bedenktijd toe. Over hoe het begrip 'instemming' dient te worden uitgelegd zwijgt de MvT.

Hier kan aansluiting worden gezocht bij de WBP. Indien het gaat om persoonsgegevens is de WBP van toepassing.[60] Een persoonsgegeven is elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon (art. 1 sub a WBP).[61] De betrokkene is degene op wie een persoonsgegeven betrekking heeft (art. 1 sub f WBP). Toestemming van de betrokkene is elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt (art. 1 sub i WBP).[62] Het verlenen van toestemming kan het beste geschieden in de precontractuele fase.[63] Uit de WBP kan worden opgemaakt dat, indien een klant toestemming verleent voor verwerking van zijn persoonsgegevens, de toestemming aan een aantal criteria moet voldoen. Ten eerste moet de klant zijn wil in vrijheid hebben geuit. Ten tweede moet de toestemming van de klant gericht zijn op bepaalde gegevensverwerking(en). Duidelijk moet zijn welke verwerking, van welke gegevens, voor welk doel zal plaatsvinden, en als het daarbij gaat om een verstrekking aan derden, ook aan welke derden.[64] Ten derde moet de klant voor een goede oordeelsvorming over de noodzakelijke inlichtingen beschikken.

De WBP stelt onder andere dat persoonsgegevens slechts mogen worden verwerkt als betrokkene voor de verwerking zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend (art. 8 sub a WBP). Indien de gegevensverwerking wordt gerechtvaardigd door ondubbelzinnige toestemming betekent dat, dat er geen twijfel mag zijn over de toestemming van de klant.[65] Als daarover twijfel bestaat,

---

60 Wanneer een ISP onzorgvuldig gebruik maakt van klantgegevens kan hij zich schuldig maken aan een onrechtmatige daad. Zie hoofdstuk 6 'Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten'.

61 Een IP-adres kan als persoonsgegeven worden beschouwd. Zie ook Nouwt 2001.

62 Deze omschrijving komt overeen met die in art. 2 sub h van de Richtlijn bescherming persoonsgegevens. Zie ook *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 892, nr. 1-3, p. 65-68. Op 31 juli 2002 is de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Richtlijn privacy en elektronische communicatie) in werking getreden. In deze Richtlijn wordt onder 'toestemming' hetzelfde verstaan als in de WBP.

63 Zie Hof Amsterdam 22 juni 2000, *IER* 2000, 54 (EuroNet/XS4ALL). XS4ALL maakte reclame uitingen openbaar waarbij de suggestie werd gewekt dat gratis ISP Wanadoo, onderdeel van EuroNet, niet daadwerkelijk gratis is, gezien het mogelijke gebruik van persoonsgegevens. Hierbij werd ingespeeld op de onder het publiek levende angstgevoelens voor aantasting van de privacy. Het Hof achtte de reclame uiting van XS4ALL niet misleidend of onrechtmatig en bekrachtigde wat dit betreft het vonnis van de president van de rechtbank van 2 december 1999, *IER* 2000/2, p. 87-90, m.nt. J.J.C. Kabel, *IER* 2000/2, p. 94-95. Zie ook Diephuis 2000.

64 *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 892, nr. 1-3, p. 65.

65 *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 892, nr. 1-3, p. 66-67.

dient de ISP te verifiëren of hij er terecht vanuit gaat dat de klant er mee heeft ingestemd.[66] Bijvoorbeeld door het apart bevestigen van de toestemming door het aankruisen van een vakje op een website.[67] Van (ondubbelzinnige) toestemming is mijns inziens geen sprake indien enkel de algemene voorwaarden worden aanvaard waarin de bepaling is opgenomen de klant toestemming geeft aan de ISP om zijn persoonsgegevens voor marketingdoeleinden ter beschikking te stellen.[68] Een ISP moet zijn klant voor het geven van de toestemming zo informeren dat de klant begrijpt waarvoor hij toestemming geeft.[69] Daarbij is van belang in hoeverre de klant expliciet dan wel impliciet door zijn gedrag heeft laten blijken met de verwerking van zijn persoonsgegevens, en daarmee een inbreuk op zijn privacy, in te stemmen. Dit kan niet gebeuren middels een beding in de algemene voorwaarden (stemt ermee in dat). Het gaat daarbij hooguit om een gefingeerde verklaring, waarbij van een expliciete of impliciete toestemming geen sprake kan zijn.

Instemming op grond van art. 7:46i lid 5 sub a BW zou bijvoorbeeld kunnen worden verkregen door de klant op een button te laten klikken met daaronder de verklaring:

> 'U heeft krachtens de wet de mogelijkheid om deze overeenkomst gedurende zeven werkdagen te ontbinden. Door op deze knop te klikken stemt u ermee in dat onze dienstverlening aan u onmiddellijk aanvangt waarmee uw wettelijk recht op ontbinding van de overeenkomst vervalt.'

Een andere vraag is of de ISP zich ook nog op art. art. 7:46i lid 5 sub a BW kan beroepen als hij in de algemene voorwaarden de betreffende instemming heeft verwerkt en vervolgens de klant deze algemene voorwaarden aanvaardt. Is het opnemen van de volgende bepaling in de elektronische algemene voorwaarden, die via een hyperlink op de website van een ISP raadpleegbaar zijn, voldoende:

> 'door het aanvaarden van deze algemene voorwaarden heeft u er mee ingestemd dat het verrichten van de diensten aanvangt voordat de ontbindingstermijn van zeven werkdagen zoals neergelegd in art. 7:46d jo. 46e BW is verstreken.'

---

66 Zie *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 892, nr. 1-3, p. 10 en 65-68.

67 Zie Sauerwein & Linnemann 2001, p. 22-23.

68 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel K. Privacy. Het Net heeft in art. 4 van haar algemene voorwaarden bijvoorbeeld een bepaling opgenomen over vermelding van gegevens in een databank.Het Net is niet consequent in haar woordgebruik, wat het beding onduidelijk maakt. In de eerste zin gebruikt zij 'database' in de tweede zin 'databank'. Andere voorbeelden zijn te vinden in art. 1 van de ledenovereenkomst van Compuserve, art. 9 sub c algemene voorwaarden Vuurwerk, art. 17 lid 3 algemene voorwaarden @Home en art. 17 algemene voorwaarden Chello.

69 Zie ook paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes', over privacyverklaringen.

Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord, omdat instemming in het kader van art. 7:46i lid 5 sub a BW mag worden geacht uitdrukkelijke instemming te zijn en hiertoe aansluiting kan worden gezocht bij de WBP. Een dergelijke bepaling lijkt mij onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar. Het ontbindingsrecht is immers in de wet opgenomen om de consument te beschermen en een ISP heeft een wettelijke plicht een consument over de vereisten voor gebruikmaking van het ontbindingsrecht informatie te verschaffen. Een dergelijke bepaling in de algemene voorwaarden ontneemt de consument zijn ontbindingsrecht en verschaft geen informatie over gebruikmaking van het ontbindingsrecht.

De informatie uit de wet overeenkomsten op afstand kan wel op het nieuwe e-mail-adres dat onderdeel uitmaakt van het dienstenpakket aan de klant worden verstrekt, maar dat betekent dat vanaf dat moment een dienst uit het dienstenpakket van de ISP wordt verricht. Indien de consument tegelijkertijd het bericht krijgt dat hij ermee instemt dat wordt aangevangen met het verrichten van de diensten voordat de ontbindingstermijn van zeven werkdagen is verstreken, is niet voldaan aan instemming zoals bedoeld in art. 7:46i lid 5 sub a BW. Het lijkt mij dat een consument eerst een mogelijkheid moet krijgen in te stemmen en dat hem die instemming niet zo kan worden opgelegd.[70]

3.4.4.2 De praktijk

Bestuderen wij de praktijk, dan is het opvallend dat alleen XS4ALL voor het tot stand komen van de overeenkomst informatie over het ontbindingsrecht verschaft.[71] Op de aanmeldingssite is een link 'herroepingsrecht' te vinden, daar verschaft XS4ALL uitleg over wat het ontbindingsrecht bij overeenkomsten op afstand inhoudt. Indien een aspirant-klant via de website van XS4ALL een overeenkomst sluit, verschijnt na het invullen van alle informatievelden op het web-aanmeldingsformulier en het vervolgens klikken op de 'ok' button in beeld dat XS4ALL aanvangt met de levering van de diensten ongeveer 15 minuten nadat de elektronische aanvaarding is verstuurd. Tijdens het aanmeldingsproces bij XS4ALL komt een aspirant-klant geen link tegen waarop een aspirant-klant dient te klikken om (uitdrukkelijk) in te stemmen met het uitvoeren van de diensten door XS4ALL binnen zeven werkdagen na het sluiten van de overeenkomst. Daarover is ook niets vermeld bij de uitleg van het ontbindingsrecht door XS4ALL. XS4ALL geeft een consument de mogelijkheid zijn overeenkomst die hij op afstand met XS4ALL heeft gesloten binnen zeven werkdagen kosteloos te ontbinden. Een consument kan dus zeven werk-

70 Zo ook Kersemakers 1999, p. 16-17.
71 Zie bijlage paragraaf 3 'Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.

dagen[72] gratis gebruik maken van de diensten van XS4ALL. Er is kortom sprake van een gratis proefabonnement van een week.

XS4ALL verschaft aan de consument in de precontractuele fase informatie over het ontbindingsrecht op haar website, niet schriftelijk zoals in art. 7:46c lid 2 sub b BW staat. De andere onderzochte ISP's verschaffen geen informatie op hun website of in hun elektronische algemene voorwaarden over de ontbindingsmogelijkheden van een consument, terwijl ze daartoe wel wettelijk zijn verplicht indien ze op afstand overeenkomsten sluiten. Het is de vraag of de ISP's na het totstandkomen van de overeenkomst nog (tijdig) schriftelijk informatie verschaffen over het ontbindingsrecht.[73] Bij de ISP's die het mogelijk maken een overeenkomst op afstand te sluiten en niet aan deze informatieplicht voldoen, zal er sprake zijn van een gratis proefabonnement van drie maanden.

Indien een klant een bestelde dienst van XS4ALL wil annuleren, dan dient hij zijn ontbindingsverklaring te sturen naar het fysieke postadres van XS4ALL of te faxen, de ontbinding kan niet elektronisch plaatsvinden.[74] Een vraag die hierbij speelt is of aan de consument de mogelijkheid moet worden geboden de overeenkomst elektronisch te ontbinden? De overeenkomst wordt elektronisch gesloten, dan lijkt mij dat elektronisch ontbinden tot de mogelijkheden behoort.[75] Wanneer een ISP niet expliciet aangeeft dat er alleen via de papieren weg kan worden ontbonden – door de ISP wordt geen vormvoorschift vermeld – is elektronisch ontbinden ook mogelijk.[76] Het is opmerkelijk dat de wet en de richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten wat dit betreft geen vormvoorschriften kennen, terwijl voor de informatieplichten wel vormvoorschriften zijn opgelegd.[77]

---

72 Hieronder zijn te verstaan dagen die niet een zaterdag, zondag of een algemeen erkende feestdag zijn, *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 861, nr. 3, p. 21-22. Dit betekent in het gunstigste geval dat een consument negen 'dagen' kosteloos van de diensten gebruik zou kunnen maken.

73 Uit de bijlage 'Een beeld van ISP-overeenkomsten' blijkt dat hierover niets staat vermeld in de onderzochte algemene voorwaarden.

74 Er hier van uit gaande dat een fax niet elektronisch is in de zin van de Richtlijn inzake elektronische handel en Aanpassingswet inzake elektronische handel.

75 Bijvoorbeeld via een speciaal e-mail-adres van de ISP. In de Aanpassingswet inzake elektronische handel is aan art. 6:267 lid 1 BW toegevoegd dat indien de overeenkomst langs elektronische weg is totstandgekomen, deze tevens door een langs elektronische weg uitgebrachte verklaring kan worden ontbonden.

76 XS4ALL vermeldt expliciet dat een standaardabonnement alleen per reguliere post of fax kan worden ontbonden.

77 Zie ook Sander 2001, p. 54. De Aanpassingswet inzake elektronische handel biedt wel expliciet de mogelijkheid van een elektronische ontbindingsverklaring, zie art. 6:267 lid 1 BW tweede volzin.

3.4.5 Opmerkingen

De wet overeenkomsten op afstand is niet geschreven met het oog op ISP's die overeenkomsten met consumenten sluiten via hun website. De wetgever heeft bij overeenkomsten op afstand voornamelijk gedacht aan zaken als object van de overeenkomst. Aan de consequenties die de wet heeft voor het sluiten van overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten is onvoldoende aandacht besteed. Aan het op duidelijke en begrijpelijke wijze verstrekken van de informatie wordt niet voldaan door de informatie in de algemene voorwaarden op te nemen. Een ISP heeft de volgende mogelijkheden om de informatie te verstrekken:

1. schriftelijk, met als gevolg dat niet het gehele aanmeldingsproces elektronisch op de website zal plaatsvinden;
2. op diskette of cd-rom, met als gevolg dat niet het gehele aanmeldingsproces elektronisch op de website zal plaatsvinden, maar gedeeltelijk via de diskette of cd- rom die de consument bijvoorbeeld kan worden toegestuurd;[78]
3. op de harde schijf van de consument:
   a. per e-mail-bericht die op de harde schijf van de consument moet worden opgeslagen, met als gevolg dat daarmee de dienstverlening ook al in werking treedt indien het e-mail-adres onderdeel is van het ISP-dienstenpakket of;
   b. via de website, waarbij de informatie persoonlijk en specifiek op de consument moet zijn gericht. Het is niet duidelijk of een consument hier aan mee mag helpen door de betreffende gegevens te downloaden en op zijn harde schijf op te slaan omdat het een informatieplicht van de ISP betreft. Alleen een consument kan de betreffende gegevens op zijn harde schijf opslaan, een ISP kan dat niet voor hem doen.

Een e-mail-bericht op zich is geen duurzame gegevensdrager zoals bedoeld in de wet overeenkomsten op afstand. Een website is geen duurzame gegevensdrager, tenzij het gaat om persoonlijk aan de consument gerichte informatie en hij in staat wordt gesteld om de gegevens op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de gegevens kunnen dienen, en die ongewijzigde reproductie van de opgeslagen gegevens mogelijk maakt. De harde schijf van de computer van de consument is wel een duurzame gegevensdrager, daar kan een e-mail-bericht op worden opgeslagen, gegevens

78 Sommige ISP's (onder andere Planet Internet) bieden een aspirant-klant de mogelijkheid om via een starterspakket (cd-rom) dat te koop is in de winkel een overeenkomst af te sluiten.

die op een website staan ook. Zolang een ISP niet voldoet aan zijn informatieplichten wordt de ontbindingstermijn verlengd tot maximaal drie maanden.

Van bovenstaande mogelijkheden uitgesloten is het verschaffen van informatie over de vereisten voor gebruikmaking van het ontbindingsrecht: dit kan alleen schriftelijk. Het vormvoorschrift 'schriftelijk' neergelegd in art. 7:46c lid 2 sub b BW levert een belemmering op indien er zowel sprake is van een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten als van een elektronische overeenkomst.[79] De Richtlijn inzake elektronische handel bepaalt dat de belemmeringen in de nationale wetgeving die elektronisch contracteren in de weg staan, dienen te worden opgeheven terwijl in de Richtlijn overeenkomsten op afstand een belemmering is opgenomen. Door 'schriftelijk' zo uit te leggen dat ook een e-mail-bericht hier aan voldoet, biedt voor een ISP niet de oplossing omdat e-mail veelal onderdeel uitmaakt van de door hem te verrichten diensten. Een advies aan de ISP is bij het invullen van de persoonsgegevens een aspirant-klant ook te vragen naar een reeds bestaand e-mail-adres, bijvoorbeeld een hotmail-adres of een zakelijk c.q. werk e-mail-adres.[80] Het is echter de vraag of een e-mail-bericht juridisch gelijk kan worden gesteld met 'schriftelijk'. Uit overweging 13 van de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomst is op te maken dat de met behulp van bepaalde elektronische technologieën verspreide informatie vaak vluchtig is in zoverre zij niet op een duurzame drager wordt vastgelegd en dat het daarom noodzakelijk is dat de consument tijdig *schriftelijk* de voor de goede uitvoering van de overeenkomst vereiste informatie ontvangt. De Europese wetgever heeft voor wat betreft de vereisten voor gebruikmaking van het ontbindingsrecht hier bewust gekozen voor schriftelijk in plaats van bijvoorbeeld per e-mail. Een e-mail-bericht kan daarom voor wat betreft op afstand gesloten overeenkomsten niet gelijk worden gesteld met 'schriftelijk'. Dit probleem speelt niet als er geen ontbindingsrecht is op grond van art. 7:46i lid 5 BW omdat dan met instemming van de klant met de dienstverlening voor het verstrijken van de ontbindingstermijn een aanvang is gemaakt.

Indien de consument instemt met de uitvoering van de diensten door de ISP voordat de ontbindingstermijn van zeven werkdagen is verstreken, kan de consument geen ontbindingsrecht meer uitoefenen. De consument moet een mogelijkheid worden geboden hiermee uitdrukkelijk in te stemmen en daarnaast dient uitleg te worden verschaft over wat het ontbindingsrecht inhoudt zodat de consument weet waar hij mee instemt. In een verplichting van de ISP die informatie aan de consument te verschaffen is voorzien in art. 7:46c lid 1 sub f jo. art. 7:46i lid 1 BW. Van instemming zal geen sprake zijn indien een bepaling in de elektronische algemene voorwaarden, die raadpleegbaar zijn via de website, wordt opgenomen. Een consument wordt

79 Van Esch en Bramer zien deze belemmering over het hoofd, Van Esch & Bramer 2000, p. 287.

80 Zie Siemerink 2002 C.

zijn ontbindingsrecht ontnomen indien wel een instemmingsbepaling in het elektronische aanmeldingsproces is opgenomen maar met als gevolg dat indien de consument niet instemt er ook geen overeenkomst op afstand kan worden gesloten. Overigens dient een ISP aan alle overige informatieplichten te hebben voldaan, anders ontstaat er ondanks de instemming bij het totstandkomen van de overeenkomst een ontbindingstermijn van drie maanden.

3.5 Aanbod en aanvaarding elektronisch

Voor het contracteren op afstand is ook de Richtlijn inzake elektronische handel van belang. Zoals de naam al aangeeft is de richtlijn alleen geschreven voor een bepaalde wijze van contracteren op afstand, te weten het contracteren langs elektronische weg. De Richtlijn inzake elektronische handel vormt een aanvulling op de eisen ten aanzien van de informatieverstrekking en commerciële communicatie zoals die in de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten zijn neergelegd. De reikwijdte daarvan is ruimer dan de Richtlijn inzake elektronische handel omdat zij ook transacties bestrijkt die weliswaar langs elektronische weg tot stand komen, bijvoorbeeld via de telefoon of per fax, maar waarbij geen apparatuur voor de verwerking (met inbegrip van digitale compressie) en de opslag van gegevens wordt gebruikt. Daarnaast ziet de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten ook op schriftelijke overeenkomsten die bijvoorbeeld tot stand komen met behulp van folders van een postorderbedrijf met daarin een antwoordkaart. Daarentegen ziet de Richtlijn op afstand gesloten overeenkomsten slechts op transacties met consumenten, terwijl de Richtlijn inzake elektronische handel bijvoorbeeld ook de B2B-relaties omvat.[81]

De Richtlijn inzake elektronische handel heeft ten doel om door coördinatie nationale beletselen voor de diensten van de informatiemaatschappij weg te nemen en om door harmonisatie een effectieve ruimte zonder binnengrenzen te creëren voor de diensten van de informatiemaatschappij.[82] Ter uitvoering van de Richtlijn inzake elektronische handel is de Aanpassingswet inzake elektronische handel geïmplementeerd.[83] Daarbij is, waar mogelijk, aangesloten bij de bestaande systematiek van de Nederlandse wetgeving. Voorts zijn de implementatiebepalingen zoveel mogelijk technologieonafhankelijk geformu-

81 MvT *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 4.

82 De doelstelling van de Richtlijn inzake elektronische handel blijkt uit art. 1 van de Richtlijn en overweging 8.

83 Aanpassingswet inzake elektronische handel, *Stb.* 2004, 210, Wet van 13 mei 2004, welke op 30 juni 2004 in werking is getreden. De Aanpassingswet inzake elektronische handel is niet specifiek op het beschermen van consumenten gericht en voorziet in een breed scala aan regels om belemmeringen van de diensten van de informatiemaatschappij tegen te gaan. Zie ook Gijrath & Kolthek 2002, Van Esch 2002 en Van Esch 2004 B.

leerd.[84] Er is een nieuwe afdeling 1A van Titel 1 van Boek 3 BW getiteld 'Elektronisch vermogensrechtelijk rechtsverkeer'[85] (artt. 3:15d-15f BW). In Titel 3 van Boek 6 BW is een nieuwe afdeling 4A getiteld 'Aansprakelijkheid bij elektronisch rechtsverkeer' ingevoegd over de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden (art. 6:196c BW). Ten slotte zijn drie nieuwe artikelen toegevoegd aan afdeling 2 van Titel 5 van Boek 6 BW over de totstandkoming van overeenkomsten langs elektronische weg. Deze drie nieuwe artikelen over de totstandkoming van elektronische overeenkomsten zijn voor de totstandkoming van ISP-overeenkomsten via een website van belang.

3.5.1 Begripsbepalingen

Onder dienst van de informatiemaatschappij wordt verstaan elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van de afnemer van de dienst wordt verricht zonder dat partijen gelijktijdig op dezelfde plaats aanwezig zijn. Een dienst wordt langs elektronische weg verricht indien deze geheel per draad, per radio, of door middel van optische of andere elektromagnetische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen met behulp van elektronische apparatuur voor de verwerking, met inbegrip van digitale compressie, en de opslag van gegevens (art. 3:15d lid 3 BW).[86] Het element 'tegen vergoeding' wordt zo ruim uitgelegd dat diensten van de informatiemaatschappij niet beperkt blijven tot online diensten waarvoor de afnemer niet betaalt (zoals het gratis aanbieden van online informatie of het ter beschikking stellen van zoekfaciliteiten op het internet). Het gaat om activiteiten waarvoor doorgaans wordt betaald of die anderszins een zekere waarde in het economisch verkeer vertegenwoordigen.[87] Onder diensten van de informatiemaatschappij vallen verder diensten, al dan niet betaald, voor het doorgeven van informatie via een communicatienetwerk, voor het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk of het toegankelijk maken van informatie die verstrekt is door een afnemer van een dienst.[88]

---

84 MvT *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 7.

85 Deze afdeling is door de wet ter implementatie van de Richtlijn elektronische handtekening nieuw gecreëerd, zie paragraaf 3.5.5 'Elektronische handtekening'.

86 Zie art. 2 sub a Richtlijn inzake elektronische handel en overwegingen 17 en 18.

87 MvT *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 12. Beslissend voor het antwoord op de vraag of er sprake is van online diensten in de zin van de Richtlijn inzake elektronische handel is niet of er een vergoeding plaatsvindt, maar de vraag of er sprake is van een economische activiteit.

88 Fax- en telexdiensten worden niet als diensten van de informatiemaatschappij beschouwd omdat deze niet via een systeem voor de opslag en verwerking van gegevens tot stand komen. MvT *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 13 en 40.

Passen wij de begripsbepalingen uit de Aanpassingswet inzake elektronische handel toe op de ISP-overeenkomst, dan blijkt dat een ISP diensten van de informatiemaatschappij verricht.[89] Internettoegang, e-mail, website, nieuwsgroep en chat zijn allemaal diensten van de informatiemaatschappij. Een dienst uit het dienstenpakket wordt gewoonlijk tegen vergoeding verricht, sommige ISP's verrichten de diensten gratis.[90] De diensten worden langs elektronische weg en op afstand verricht, op individueel verzoek. Ook op zijn portal-site verricht een ISP diensten van de informatiemaatschappij: aanbieden van informatie en het ter beschikking stellen van zoekfaciliteiten.

3.5.2 Informatie voor het sluiten van de overeenkomst

Bevordering van de transparantie vormt een belangrijk instrument voor een vergroting van het vertrouwen in het elektronisch rechtsverkeer. Het elektronisch sluiten van overeenkomsten mag niet tot gevolg hebben dat de klant minder goed wordt geïnformeerd. De Aanpassingswet inzake elektronische handel bevat drie bepalingen waarin aan de dienstverlener (ISP) informatieverplichtingen worden opgelegd. Naast een algemene informatieplicht voor eenieder die diensten van de informatiemaatschappij verricht bevat de wet tevens bijzondere informatieplichten voor degenen die in het kader van hun dienstverlening beogen overeenkomsten langs elektronische weg tot stand te laten komen. De informatieplichten hebben een preventieve functie en een niet onbelangrijk deel heeft ook een archieffunctie (dossierfunctie).[91] Het resultaat moet zijn dat de aspirant-klant alleen wanneer hij goed geïnformeerd is verbintenissen aangaat. De Aanpassingswet inzake elektronische handel gaat er van uit dat een zorgvuldig dienstverlener, in dit geval een ISP, deze informatie reeds eigener beweging geheel of nagenoeg geheel zal verstrekken in verband met zijn welbegrepen eigenbelang, daarin gelegen dat aspirant-klanten zonder deze informatie niet snel geneigd zullen zijn zich in enigerlei transacties met de desbetreffende ISP te begeven. In de ISP-praktijk gaat het veelal om dienstverlening via de website, informatie wordt via de website aan klanten verschaft. Daarbij volstaat het om er eenmalig voor te zorgen dat de inrichting van de website aan de hier bedoelde informatieverplichtingen tege-

89 Zie art. 6:196c BW Aanpassingswet inzake elektronische handel.

90 Ook dan is er sprake van een dienst van de informatiemaatschappij in verband met *banners* op een website. Er is dan sprake van een economische activiteit. Een *banner* is een omkaderde elektronische advertentie, via welke de website van de aanbieder (ISP) kan worden bezocht door erop te klikken.

91 Dit is op te maken uit de aan de informatieplichten verbonden sancties. Wanneer een informatieplicht betrekking heeft op de vorming van de wil is de sanctie vernietigbaarheid. Wanneer de informatieplicht betrekking heeft op de archieffunctie is de sanctie ontbinding. Zie paragraaf 3.5.3 'Sancties'.

moet komt.[92] De informatieplichten die bij de totstandkoming van de ISP-overeenkomst via de website van toepassing zijn, worden hieronder besproken.

3.5.2.1 Algemene informatieplichten

Art. 3:15d BW Aanpassingswet inzake elektronische handel legt aan de ISP een aantal algemene informatieverplichtingen op. Het betreft basisinformatie omtrent de aanbieder, in dit geval de ISP, bedoeld om meer transparantie te bieden over de identiteit en activiteiten van dienstverleners. Een ISP maakt de volgende gegevens gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk voor zijn (aspirant-)klanten, in het bijzonder om informatie te verkrijgen of toegankelijk te maken (art. 3:15d lid 1 BW):[93]

a. zijn identiteit en adres van vestiging;
Verstrekking van identiteit en adres zijn belangrijke gegevens indien een overeenkomst elektronisch wordt gesloten, omdat een klant dan weet met wie hij van doen heeft. Onder identiteit wordt in dit verband verstaan de naam van de ISP. Het adres van vestiging van een ISP is het geografische adres waar deze is gevestigd.[94]

b. gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met de ISP mogelijk maken, met inbegrip van zijn elektronische postadres;
Met deze basisgegevens in de hand kunnen aspirant-klanten zich een beeld vormen van de ISP.

c. voorzover de ISP in een handelsregister of een vergelijkbaar openbaar register is ingeschreven: het register waar hij is ingeschreven en zijn inschrijvingsnummer, of een vergelijkbaar middel ter identificatie in dat register;
Een ISP moet ingeschreven zijn in een handelsregister. Hij dient zodoende te voldoen aan deze informatieplicht.

f. voorzover de ISP een aan de BTW onderworpen activiteit uitoefent: het BTW identificatienummer zoals bedoeld in artikel 2a, eerste lid, onder g, van de Wet op de Omzetbelasting 1968.
Wanneer een ISP een aan de BTW onderworpen activiteit uitoefent, is hij verplicht het BTW-identificatienummer te vermelden. Dit is het nummer dat de

92 Zie MvT *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 32-33.
93 Sommige informatieverplichtingen die art. 3:15d BW voorschrijft zijn eveneens in art. 7:46c BW opgenomen. Het betreft de identiteit en het adres van de ISP alsook de aanduiding van de prijzen (art. 7:46c lid 1 sub a, c en d BW). Sub d en e van art. 3:15d lid 1 BW zijn niet relevant voor een ISP en behandel ik daarom niet.
94 Zie art. 2 sub c Richtlijn inzake elektronische handel en MvT *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197 nr. 3, p. 38-39.

Nederlandse staat aan een ondernemer of rechtspersoon toekent. In art. 3:15d lid 2 BW is nog een informatieverplichting opgenomen:

De ISP geeft aanduidingen van prijzen in een dienst van de informatiemaatschappij duidelijk en ondubbelzinnig aan, met de uitdrukkelijke vermelding of, en zo mogelijk welke, belasting en leveringskosten daarbij inbegrepen zijn.
Verschaffing van prijsinformatie maakt het aanbod bepaalbaarder. Indien een ISP zijn dienstenpakket gratis verstrekt, dient hij dit niet expliciet te vermelden. Indien de prijsinformatie inclusief belastingen is, biedt dat meer duidelijkheid aan de klant. Ondanks de wereldwijde dimensie van online activiteiten zal een Nederlandse ISP niet snel te maken krijgen met buitenlandse klanten.

De informatieplichten in art. 3:15d BW zijn algemeen en dwingend van aard: deze bewerkstelligen dat aspirant-klanten van ISP's op elk moment over de voorgeschreven informatie kunnen beschikken. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen verschillende typen van dienstverlening van de informatiemaatschappij of tussen klanten die consumenten zijn en klanten die dat niet zijn. De informatieplichten zijn vooral bedoeld voor ISP's die via een website informatie verschaffen aan aspirant-klanten of deze in staat stellen zelf informatie op het internet te plaatsen.[95] De eis van een gemakkelijke, rechtstreekse en permanente toegang tot gegevens beoogt te garanderen dat deze door iedere (aspirant-)klant kunnen worden bereikt en geraadpleegd. Aan het vereiste van permanente toegang wordt voldaan als de gegevens voortdurend op een voor klanten toegankelijke en herkenbare plaats worden aangeboden en zonodig worden bijgewerkt, bijvoorbeeld op de portal-site. De ISP mag geen obstakels plaatsen die rechtstreekse toegang verhinderen of de informatieverstrekking minder transparant maken. Aan de eis van het artikel wordt bijvoorbeeld niet voldaan indien de toegang tot gegevens langs opeenvolgende doorverwijzingen wordt geleid, de vereiste gegevens onoverzichtelijk worden gepresenteerd of een tegenprestatie wordt gevraagd voor het toegankelijk maken van de gegevens. De problematiek verbonden aan *deeplinken* kan worden voorkomen door de informatie op iedere pagina herkenbaar toegankelijk te maken.[96] Een bezoeker maakt in beginsel gebruik van een door middel van een website verstrekte dienst op het moment dat hij deze aandoet. Op dat moment dienen de vereiste gegevens daarom toegankelijk te zijn voor alle bezoekers van een website.[97]

95 Bijvoorbeeld ISP's die zoekmachines op hun website aanbieden en andere diensten online aanbieden of ISP's die aan hun klanten de mogelijkheid bieden om informatie op te slaan en voor anderen toegankelijk te maken. Zie MvT *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197 nr. 3, p. 37.
96 Bij deeplinken wordt de portal-site van de website overgeslagen.
97 Zie MvT *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197 nr. 3, p. 37-38. Voor een beeld van de praktijk zie bijlage paragraaf 3 'Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.

3.5.2.2 Informatieplichten bij het sluiten van de overeenkomst langs elektronische weg

Bij het sluiten van de overeenkomst langs elektronische weg wordt in art. 10 van de Richtlijn inzake elektronische handel aan de ISP een aantal extra informatieverplichtingen opgelegd, die op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze aan de aspirant-klant moeten worden verstrekt voordat de aspirant-klant het aanbod van de ISP aanvaard. Deze precontractuele informatieplichten zijn in de Aanpassingswet inzake elektronische handel in art. 6:227b lid 1 BW overgenomen. Het betreft informatie die ervoor dient te zorgen dat aspirant-klanten op basis van een juiste voorstelling van zaken een overeenkomst aangaan. Daarnaast zijn de informatieplichten gericht op het ordentelijk verloop van het totstandkomingsproces en tot slot zijn er ook nog informatieverplichtingen die betrekking hebben op de archivering. Met de informatieplichten wordt meer duidelijkheid en transparantie verschaft, waardoor het vertrouwen van de klanten, en in het bijzonder de consument, in het elektronisch zakendoen wordt verhoogd en voorts voorkomen dat overeenkomsten langs elektronische weg onbedoeld, of met een onbedoelde inhoud, tot stand komen. Ten eerste zijn onder a, c en d informatieplichten opgenomen die zien op het verstrekken van informatie die doorgaans essentieel is op het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten. Deze informatieplichten beogen te voorkomen dat de aspirant-klant onbewust of onbedoeld een overeenkomst sluit of, omgekeerd, meent een overeenkomst te hebben gesloten terwijl daarvoor nog meer handelingen zijn vereist, of wel een overeenkomst wil sluiten en ook sluit, maar met een andere inhoud dan bedoeld. De informatieplichten onder b en e hebben te maken met de archieffunctie en zijn van belang om de transparantie voor de wederpartij zo groot mogelijk te maken. Wordt de overeenkomst gesloten tussen de ISP en een consument, dan is er sprake van dwingend recht.[98]

Voordat een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, verstrekt een ISP de aspirant-klant ten minste op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze informatie over (art. 6:227b lid 1 BW):

a. de wijze waarop de overeenkomst tot stand zal komen en in het bijzonder welke handelingen daarvoor nodig zijn;
Een aspirant-klant van de ISP dient ervan op de hoogte te zijn hoe de overeenkomst tot stand zal komen en welke handelingen hij daartoe zal moeten verrichten. De ISP dient daartoe in ieder geval op zijn website duidelijk te

98 Art. 6:227b lid 1 BW is niet van toepassing op overeenkomsten die uitsluitend door middel van de uitwisseling van elektronische post of een soortgelijke vorm van individuele communicatie tot stand zijn gekomen (art. 6:227b lid 3 BW) en daarmee primair gericht op overeenkomsten die tot stand komen via websites. Hieronder vallen ook situaties waarbij het contact dat tot de overeenkomst heeft geleid, slechts gedeeltelijk via e-mail of vergelijkbare individuele communicatie is verlopen.

maken op welk moment de overeenkomst wordt gesloten. Bijvoorbeeld door boven de 'ok-knop' te vermelden dat het aanklikken van deze knop als een aanvaarding van een aanbod is te beschouwen en dat de overeenkomst daarmee gesloten is.

b. het al dan niet archiveren van de overeenkomst nadat deze tot stand zal zijn gekomen, alsmede, indien de overeenkomst wordt gearchiveerd, op welke wijze deze voor de klant van de ISP te raadplegen zal zijn;
Deze informatieplicht is van belang omdat bij het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg door de klant niet altijd direct een uitdraai zal worden gemaakt van de door hem aangegane overeenkomst. Dit in tegenstelling tot het sluiten van overeenkomsten offline waar de wederpartij in het algemeen een aankoopnota ontvangt. De ISP heeft de vrijheid al dan niet te archiveren. Wanneer hij archiveert is niet duidelijk of dit een verplichting inhoudt om (elektronisch) toegang te verlenen tot zijn archief.[99] Wanneer de archivering bijvoorbeeld alleen voor eigen bewijsdoeleinden plaatsvindt, lijkt mij deze verplichting niet aanwezig.

c. de wijze waarop de aspirant-klant van de ISP van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken, alsmede de wijze waarop hij deze kan herstellen voordat de overeenkomst tot stand komt;
Voor een aspirant-klant zal het duidelijk moeten zijn hoe hij eventuele invoerfouten kan opsporen en hoe deze kunnen worden gecorrigeerd. Op de ISP rust daarom een verplichting om, voordat de definitieve 'ok-knop' wordt aangeklikt, een tussenformulier te presenteren, waarop wordt samengevat en zichtbaar gemaakt welke diensten zijn geselecteerd tezamen met de ingevulde persoonsgegevens van de aspirant-klant, en informatie te verschaffen over de wijze waarop eventuele invoerfouten kunnen worden hersteld. Bijvoorbeeld door de aspirant-klant de mogelijkheid te bieden terug te gaan naar de pagina's waarop de gegevens zijn ingevuld.[100]

---

99 Zie Drion & Van Wechem 2002, p. 453.

100 Hoe deze bepaling zich precies verhoudt tot het bepaalde in art. 6:227c lid 1 BW is volgens Drion en Van Wechem onduidelijk, Drion & Van Wechem 2002, p. 453. Deze relatie is echter niet onduidelijk. De wetgever zou deze twee aan elkaar gerelateerde verplichtingen echter hebben kunnen integreren in een bepaling, maar heeft hier de richtlijn gevolgd. Op grond van art. 6:227c lid 1 BW dient de ISP aan de klant passende, doeltreffende en toegankelijke middelen ter beschikking te stellen waarmee de wederpartij voor de aanvaarding van de overeenkomst van door hem niet gewilde handelingen op de hoogte kan geraken en waarmee hij deze kan herstellen. In dit artikel is geen sprake van een informatieplicht, maar van een plicht om middelen ter beschikking te stellen. Elektronisch bestellen brengt met zich mee dat fouten in de vorm van misklikken kunnen optreden. Op de ISP wordt een verantwoordelijkheid gelegd om zijn website zo in te richten dat de aspirant-klant eventuele onbedoelde bedieningshandelingen kan opmerken en herstellen voordat daadwerkelijk een overeenkomst tot stand komt. Concreet betekent dit dat de aspirant-klant voordat hij zijn aanmeldingsformulier kan verzenden een overzicht moet zien van zijn complete

d. de talen waarin de overeenkomst kan worden gesloten;
Een aspirant-klant van de ISP dient ervan op de hoogte te zijn in welke talen hij de overeenkomst tot stand kan brengen. Een Nederlandse ISP richt zich op de Nederlandse markt. Als een website eentalig is, lijkt het voor de hand te liggen dat niet expliciet erop moet worden gewezen dat ook de overeenkomst in die taal tot stand zal komen.[101]

e. de gedragscodes waaraan de ISP zich heeft onderworpen en de wijze waarop deze gedragscodes voor de aspirant-klant langs elektronische weg te raadplegen zijn.
Bij gedragscodes gaat het om het regelen van gedrag. Op de vraag wat gedragscodes precies zijn geeft de MvT geen duidelijk antwoord.[102] De Richtlijn inzake elektronische handel heeft aan lidstaten de opdracht gegeven het opstellen van gedragscodes voor dienstverleners aan te moedigen. Daaraan wordt echter toegevoegd dat dit niet een belemmering mag vormen voor het vrijwillige karakter van dergelijke codes en de mogelijkheid voor de betrokken partijen om zelf te beslissen of zij die codes onderschrijven; volledige zelfregulering derhalve. Gesteld kan worden dat er bij gedragscodes sprake is van een ander niveau van algemene voorwaarden, een niveau dat uitstijgt boven dat van de individuele ISP. De Netiquette zit bijvoorbeeld op wereldwijd niveau[103] en de gedragsregels van de NLIP op landelijk branche niveau. Indien een ISP zich aan gedragscodes heeft onderworpen, dient hij dit, en de vindplaats van de gedragscodes, te melden aan de aspirant-klant. Leden van de NLIP hadden zich onderworpen aan de NLIP-gedragscode en moesten dit melden, uit het praktijkonderzoek is gebleken dat niet alle ISP's dat ook deden.[104] Wat toegankelijk maken betreft kan met een duidelijke hyperlink op de website naar de onderworpen gedragscodes worden volstaan. Gedragscodes zullen veelal onderdeel uitmaken van algemene voorwaarden door middel van een verwijzing daarin. Het is de vraag of daarmee wordt voldaan aan de wettelijke eisen ten aanzien van het presenteren van de gegevens. Of

---

bestelling. De aspirant-klant moet daarin zonodig nog wijzigingen kunnen aanbrengen, bijvoorbeeld doordat hem de mogelijkheid wordt geboden om terug te gaan naar vorige pagina's om eventuele fouten in de verstrekte gegevens te herstellen, voordat hij ter instemming op de 'ok-knop' klikt. Deze bepaling is er mede in het belang van de ISP zelf, aangezien deze hierdoor meer zekerheid krijgt dat de aldus tot stand gekomen overeenkomsten ook daadwerkelijk tot stand komen en onaantastbaar zijn. Zie ook Van Esch 2001, p. 375.

101 Drion & Van Wechem 2002, p. 453.

102 Zie ook Siemerink 2003 C en Terryn 2003.

103 In het begin werd het internet beschouwd als een separate wereld met eigen regels en eigen sancties. Die regels waren met name neergelegd in de RFC's en een serie gedragsregels, de Netiquette. Naar deze gedragsregels wordt door ISP's nog steeds verwezen. Niet duidelijk is welke waarde kan worden toegekend aan de Netiquette. Zie hierover hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes'.

104 Zie onder andere de bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen' onderdeel E. Geschillenbeslechting en toepasselijk recht. De NLIP is echter per 21 april 2005 opgeheven.

een enkele verwijzing in de algemene voorwaarden voldoende is voor de gelding van de gedragscode(s), hangt mijns inziens af van de inhoud van de gedragscodes.[105]

In art. 6:227b lid 2 BW is nog een informatieplicht opgenomen.[106] Deze verplichting is dwingend voorgeschreven voor overeenkomsten tussen een ISP en een consument:

> 'De ISP stelt voor of bij het sluiten van de overeenkomst de voorwaarden daarvan, niet zijnde algemene voorwaarden als bedoeld in art. 6:231 BW, op zodanige wijze aan de klant ter beschikking, dat deze door de klant kunnen worden opgeslagen zodat deze voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming.'

Het betreft hier de kernbedingen van de overeenkomst.[107] Immers, alle andere online voorwaarden zijn per definitie algemene voorwaarden. De ISP zou de kernbedingen bijvoorbeeld in een PDF-bestand downloadbaar kunnen maken om aan zijn verplichting te voldoen.[108]

3.5.3 Sancties

Aan de meeste informatieplichten uit de Aanpassingswet inzake elektronische handel dient voor of bij het sluiten van de overeenkomst te worden voldaan. Op dat moment is er nog geen overeenkomst tot stand gekomen. In de Aanpassingswet inzake elektronische handel zijn conform art. 20 Richtlijn inzake elektronische handel sancties opgenomen indien niet voldaan is aan de informatieplichten.[109] De verschillende civielrechtelijke sancties worden hieronder besproken.

Er bestaat het risico dat de in Boek 3 BW opgenomen informatieverplichtingen aanvankelijk regelmatig zullen worden overtreden. Dit zal samenhangen met de onbekendheid van de nieuwe regelgeving en het tempo waarin de laatste jaren in Europees verband regelgeving tot stand is gekomen. Ten aanzien van de algemene informatieplichten (artt. 3:15d en 15e lid 1 BW) is onder ogen gezien dat deze weliswaar met het oog op de belangen van afnemers of (potentiële) wederpartijen van dienstverleners zijn opgenomen, maar

---

105 Zie hierover hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes'.

106 Deze verplichting is ook van toepassing op overeenkomsten die uitsluitend via uitwisseling van elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie worden gesloten.

107 Op de vraag wat het kernbeding van een ISP-overeenkomst is, wordt ingegaan in hoofdstuk 4 paragraaf 4.2 'Kernbeding en algemene voorwaarden van ISP-overeenkomsten'.

108 Zie ook art. 6:227c BW.

109 'De lidstaten stellen de sanctieregeling vast die van toepassing is op schendingen van de in toepassing van deze Richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en treffen alle maatregelen die nodig zijn om voor de tenuitvoerlegging van de sancties zorg te dragen. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.' Aldus art. 20 Richtlijn inzake elektronische handel.

tevens dermate algemeen zijn, dat een voldoende verband met een in het kader van een bepaalde transactie met een individuele afnemer of wederpartij geleden nadeel in veel gevallen niet gemakkelijk zal kunnen worden aangetoond. Dit brengt mee dat moet worden verwacht dat een uitsluitend privaatrechtelijke handhaving door individuele afnemers of wederpartijen ten aanzien van de informatieverplichtingen onvoldoende zekerheid van een behoorlijke naleving zal bieden.[110] Om er voor te zorgen dat aanbieders, in dit geval ISP's, zich ook aan deze informatieplichten houden, is ervoor gekozen beperkte aanvullende handhavingmogelijkheden op te nemen, onder andere in art. 3:15f BW.[111] Een nader door de Minister van Justitie in overleg met de Minister van Economische Zaken aan te wijzen rechtspersoon krijgt de bevoegdheid om inlichtingen in te winnen en een vordering tot naleving in te stellen, met betrekking tot de naleving van de informatieplichten die toezien op de hoedanigheid van de aanbieder en het verstrekken van commerciële communicatie.[112]

Een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van het niet naleven door de ISP van zijn in art. 6:227b lid 1 BW, aanhef onder a, c of d, genoemde verplichtingen, is vernietigbaar. Bij niet naleving van de hier bedoelde verplichtingen wordt aangesloten bij het feit dat de in het kader daarvan te verstrekken informatie doorgaans essentieel is voor de wils- of oordeelsvorming van de aspirant-klant. Indien de overeenkomst onder invloed van het niet verstrekt zijn van die informatie tot stand is gekomen, dient de klant derhalve in staat te zijn zichzelf in de situatie te brengen die zou hebben bestaan indien in het geheel geen overeenkomst tot stand was gekomen. Indien de ISP zijn in art. 6:227b lid 1 BW, aanhef en onder a of c genoemde verplichtingen niet is nagekomen, wordt vermoed dat een overeenkomst onder invloed van het niet naleven tot stand is gekomen (art. 6:227b lid 4 BW). Dit vermoeden leidt tot een omkering van de bewijslast voor de klant. Ten aanzien van deze verplichtingen is dat gerechtvaardigd, omdat de daar genoemde informatie naar haar aard steeds rechtstreeks van invloed is op de vraag of een overeenkomst tot stand komt en of deze overeenkomst de door de klant bedoelde inhoud heeft. Het is daarom redelijk te veronderstellen dat het niet verstrekt zijn van die informatie invloed heeft gehad op de wilsvorming van de wederpartij. Gedurende de tijd dat de ISP de informatie, bedoeld in art. 6:227b lid 1 BW, onder b en e en lid 2, niet heeft verstrekt, kan de klant van de ISP de overeenkomst ontbinden (art. 6:227b lid 5 BW).[113] Hieruit valt op te maken

110 MvT *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 8-9.

111 Zie art. 19 Richtlijn inzake elektronische handel.

112 Zie MvT *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 44.

113 Drion en Van Wechem oefenen kritiek uit op dit privaatrechtelijke handhavingmechanisme. Zij verwachten niet dat consumenten massaal via het ontbindingswapen en/of vernietigingswapen correctief gaan optreden tegen ondernemers die het met de informatieplichten niet zo nauw nemen. Wanneer zij tevreden zijn met de online verkregen producten of diensten, zouden zij wel gek zijn om dat te doen. Drion & Van Wechem 2002, p. 452. Van Esch voorziet dat art. 6:227b lid 5 BW in de praktijk een wassen neus zal blijken te zijn omdat

dat mocht de informatie niet voor het sluiten van de overeenkomst zijn verschaft, dat deze ook nog naderhand ter beschikking kan worden gesteld. De informatie dient dan wel rechtstreeks aan de klant te worden verstrekt, het op de website corrigeren van vooreerst gebrekkige informatie volstaat dan niet meer.[114]

Uit het praktijkonderzoek is op te maken dat nog niet alle ISP's voldeden aan de specifieke informatieplichten uit de Aanpassingswet inzake elektronische handel.[115] De wet is inmiddels aangenomen[116] en in werking getreden. ISP's zijn dus verplicht de informatieplichten te vervullen indien zij elektronische overeenkomsten sluiten. De wettelijke sancties zijn niet gering. Daar staat tegenover dat, als een klant tevreden is over de geleverde diensten hij de sanctiemiddelen niet snel zal hanteren. Aan de algemene informatieplichten die zijn neergelegd in Boek 3 BW wordt over het algemeen al wel voldaan door de ISP's, meestal is deze informatie opgenomen in de algemene voorwaarden. Internet biedt de mogelijkheid algemene voorwaarden eenvoudig voorafgaand aan het sluiten van overeenkomsten raadpleegbaar te maken. Het is echter de vraag of bij het opnemen van de informatie in de algemene voorwaarden tegenover consumenten sprake is van het op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze verstrekken van informatie. Duidelijker en begrijpelijker is het de informatie op de website op te nemen en het vereiste van ondubbelzinnigheid brengt mijn inziens met zich mee dat de informatie op de website moet worden verstrekt.

3.5.4 De totstandkoming van de elektronische overeenkomst

De vraag op welk tijdstip een ISP-overeenkomst via een website tot stand komt, is nog niet beantwoord. Op de vraag wordt in de wet overeenkomsten op afstand geen antwoord gegeven. In de Aanpassingswet inzake elektronische handel hebben de artt. 6:227a lid 1 en 6:227c BW betrekking op het tot stand komen van elektronische overeenkomsten. Ook de Aanpassingswet inzake elektronische handel geeft geen antwoord op de vraag wanneer de overeenkomst tot stand komt.

Ook langs elektronische weg komt een overeenkomst tot stand indien in juridische zin sprake is geweest van een aanbod dat is aanvaard door de wederpartij.[117] Daarvan kan reeds sprake zijn indien een aspirant-klant in reactie op een website een bestelling plaatst, maar evenzeer is denkbaar dat

---

het recht op ontbinding vervalt zodra de betreffende informatie door de dienstverlener alsnog is toegezonden. Van Esch 2004 B, p. 113. Zie ook MvA *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, p. 14.

114 Drion & Van Wechem 2002, p. 438.

115 Zie bijlage paragraaf 3 'Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.

116 Wet van 13 mei 2004, *Stb.* 2004, 210.

117 Zie paragraaf 3.3 'Aanbod en aanvaarding'.

in de omstandigheden van het geval de reactie van de aspirant-klant in juridische zin slechts als een aanbod kan worden gekwalificeerd, omdat (het geheel van mededelingen op) de website, bijvoorbeeld gelet op de inrichting of de bewoordingen daarvan, niet meer dan een uitnodiging vormt om in onderhandeling te treden.

Art. 6:227a BW van de Aanpassingswet inzake elektronische handel geldt uitsluitend voor het langs elektronische weg sluiten van overeenkomsten die op grond van de wet in schriftelijke vorm tot stand dienen te komen, willen zij geldig of onaantastbaar zijn. De ISP-overeenkomst is een vormvrije overeenkomst, zodat een ISP niet aan de vereisten van art. 6:227a BW hoeft te voldoen.

Art. 6:227c BW beoogt door het stellen van bepaalde regels die in acht moeten worden genomen bij het sluiten van overeenkomsten met behulp van technologische middelen, de consument meer duidelijkheid te verschaffen.[118] Uit 6:227c lid 2 BW kan het volgende worden opgemaakt. Indien een aspirant-klant van een ISP langs elektronische weg een verklaring uitbrengt die door de dienstverlener mag worden opgevat hetzij als een aanvaarding van een door hem langs elektronische weg gedaan aanbod, hetzij als een aanbod naar aanleiding van een door hem langs elektronische weg gedane uitnodiging om in onderhandeling te treden, bevestigt de ISP zo spoedig mogelijk langs elektronische weg de ontvangst van deze verklaring. Deze bepaling is vooral ingegeven door de gedachte dat duidelijkheid moet bestaan voor partijen omtrent de vraag of door hen in het kader van de totstandkoming van een overeenkomst langs elektronische weg uitgebrachte verklaringen de wederpartij hebben bereikt (art. 6:227c lid 3 BW dat vergelijkbaar is met art. 3:37 lid 3 BW).[119] art. 6:227c BW treedt echter bewust niet in de vraag wanneer een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, de ontvangstbevestiging is geen constitutief vereiste voor de totstandkoming van de overeenkomst. Als de klant zijn aanmelding heeft verstuurd, is de overeenkomst tot stand gekomen. Ook zonder ontvangstbevestiging zijn beide partijen gebonden aan de overeenkomst, de ontvangstbevestiging kan daarom worden opgevat als een postcontractuele informatieplicht.

Het aanbod en de aanvaarding vinden elektronisch en op afstand plaats. Ook met de komst van de Aanpassingswet inzake elektronische handel is het exacte tijdstip van totstandkoming van een elektronisch gesloten ISP-overeenkomst niet eenvoudig te bepalen. Zodra de aanvaarding van een aspirant-klant van het aanbod van de ISP is verstuurd en de ISP heeft bereikt, komt de overeenkomst tot stand. ISP's doen er daarom verstandig aan hun websites zodanig in te richten dat steeds automatisch elke nieuwe aanmelding van een aspirant-

118 Zie Thole & Verstegen 2002. art. 6:227c lid 2 BW is niet van toepassing op overeenkomsten die uitsluitend door middel van de uitwisseling van elektronische post of een soortgelijke vorm van individuele communicatie tot stand zijn gekomen (art. 6:227c lid 4 BW).

119 Zie MvA *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C p. 16-17. Zie ook Rb. Maastricht 6 augustus 2003, *Rechtspraak.nl*, LJN: AM8554.

klant wordt bevestigd. De ontvangstbevestiging dient langs elektronische weg te geschieden en kan dus zowel via e-mail als met behulp van een website plaatsvinden. Indien de ontvangstbevestiging per e-mail plaatsvindt, kan zich het probleem voordoen dat de aspirant-klant nog niet beschikt over een e-mail-adres en de ontvangstbevestiging op het nieuwe e-mail-adres dat onderdeel uitmaakt van het dienstenpakket, wordt verstrekt. Het betreft dan een onderdeel van de uitvoering van de overeenkomst. Vanaf het moment dat de e-mail-dienst aan de klant wordt verricht, is de ontvangstbevestiging dan pas toegankelijk. Een verklaring en de ontvangstbevestiging worden geacht te zijn ontvangen, wanneer deze toegankelijk zijn voor de partijen tot wie zij zijn gericht (art. 6:227c lid 3 BW). Toegankelijk betekent hier bereikbaar.[120] Dit brengt bijvoorbeeld mee dat een bericht per e-mail in de regel als ontvangen zal moeten worden beschouwd zodra het in de mailbox van de ontvanger is beland en dat de mail daarvoor derhalve niet daadwerkelijk geopend behoeft te zijn.[121] Het moeilijke in een elektronische omgeving is dat de klant niet exact kan controleren en vaststellen wanneer het bericht ontvangen is, het is virtueel. Een e-mail-bericht bevat echter altijd het tijdstip van verzending.[122]

Het is belangrijk dat een ISP de uitwerking van de totstandkoming van de overeenkomst regelt zodat een klant weet wat hij kan verwachten. Bijvoorbeeld door een bepaling aan het einde van de elektronische aanmeldingsprocedure op te nemen over hoe en wanneer de klant gebruik kan gaan maken van zijn account om toegang te verkrijgen tot het internet en gebruik kan gaan maken van het dienstenpakket. Uit het onderzoek naar de praktijk blijkt dat sommige ISP's dat doen.[123] Het bericht van ontvangst van de ISP kan bestaan in de online levering van de toegangscodes via de website na afloop van het aanmeldingsproces, waarmee de klant gebruik kan maken van het dienstenpakket.[124] Daarmee wordt de totstandkoming van de overeenkomst bevestigd. Een andere mogelijkheid is bijvoorbeeld een bericht met behulp van een pop-up venster met de tekst: 'Uw aanmelding is ontvangen' of 'Hartelijk dank voor uw aanmelding'. Discutabel is echter of een dergelijke berichtgeving via de website kan worden opgevat als een bevestiging van de totstandkoming van de overeenkomst, of slechts dient te worden opgevat als een berichtgeving dat de aanmeldingsprocedure voorspoedig is doorlopen. Ik ben van mening dat ook hiermee de totstandkoming van de overeenkomst wordt bevestigd.

120 Zie art. 3:37 lid 3 BW.
121 Zie ook Snijders 2001.
122 Zie Rb. Maastricht 6 augustus 2003, *Rechtspraak.nl*, LJN: AM8554.
123 Zie bijlage paragraaf 3 'Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.
124 Zie overweging 34 van de Richtlijn inzake elektronische handel. Hierin wordt opgemerkt dat de bevestiging door de leverancier van ontvangst van het bericht van aanvaarding kan bestaan in de online levering van de betaalde dienst.

3.5.5 Elektronische handtekening

Bij enkele informatieplichten is de elektronische handtekening al even genoemd.[125] In de Nederlandse wetgeving komt geen definitie van het begrip 'handtekening' voor. In de juridische literatuur verstaat men onder ondertekening: lettertekens, gesteld in het handschrift van de ondertekenaar, die de persoon die de verklaring aflegt beogen te individualiseren.[126] Een traditionele schriftelijke handtekening kan verschillende functies hebben. Twee belangrijke functies van de handtekening zijn de identificatie en de wilsuiting. Door het plaatsen van een handtekening onder een verklaring maakt degene die de verklaring aflegt zijn identiteit bekend, en verschaft hij degene tot wie de verklaring is gericht de mogelijkheid zijn identiteit te verifiëren. Daarnaast uit hij zijn wil gebonden te zijn aan de verklaring waarop de handtekening betrekking heeft.[127] Een elektronische handtekening kan door deze functies voor elektronische documenten te vervullen de betrouwbaarheid van het elektronische berichtenverkeer versterken.

Waar offline een regelgevend kader voor de schriftelijke handtekening niet noodzakelijk werd geacht, wordt dit online voor de elektronische handtekening wel wenselijk geacht. In 1999 is de Richtlijn elektronische handtekeningen vastgesteld.[128] Deze richtlijn beoogt het gebruik van elektronische handtekeningen te vergemakkelijken en tot de wettelijke erkenning ervan bij te dragen. Ter implementatie van deze richtlijn is de Wet elektronische handtekeningen ingevoerd.[129] Art. 3:15a BW regelt de rechtsgevolgen van het gebruik van elektronische handtekeningen. Op grond van het eerste lid van dit artikel geldt dat een elektronische handtekening dezelfde rechtsgevolgen heeft als een handgeschreven handtekening mits de methode die daarbij is gebruikt voor authentificatie voldoende betrouwbaar is. Een elektronische handtekening wordt op grond van art. 15a lid 2 BW vermoed voldoende betrouwbaar te zijn wanneer zij uniek is, het mogelijk maakt de ondertekenaar te identificeren, tot stand komt met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan

125 De belangrijkste regelgeving met betrekking tot de elektronische handtekening wordt hier beknopt besproken. Voor een uitgebreide beschrijving waarin ook de technische werking van de elektronische handtekening wordt omschreven verwijs ik naar Van Esch 1999, p. 121-166 en Van Esch 2003.

126 Zie Van Esch 1999, p. 125-130.

127 Zie Van Esch 2001, p. 378.

128 Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *PbEG* L 13 (Richtlijn elektronische handtekeningen).

129 Wet van 8 mei 2003, *Stb.* 2003, 199, welke op 21 mei 2003 in werking is getreden. Zie ook Aanpassing van Boek 3 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten inzake elektronische handtekeningen ter uitvoering van de Richtlijn nr. 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (*PbEG* L 13), MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 743, nr. 3.

houden, op zodanige wijze aan het elektronisch bestand waar zij betrekking op heeft is verbonden dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord, zij is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat en is gegenereerd door een veilig middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen. De elektronische handtekening biedt de ontvanger van een elektronisch bericht echter niet de absolute zekerheid, dat het afkomstig is van de houder van de elektronische handtekening. Afhankelijk van de gebruikte techniek voor het genereren van een elektronische handtekening, biedt zij in meer of mindere mate de zekerheid dat het bericht afkomstig is van iemand die beschikt over de middelen waarmee de elektronische handtekening kan worden gegenereerd. Absolute zekerheid bestaat er nooit, omdat degene die de elektronische handtekening heeft geplaatst, net zo goed iemand anders kan zijn die op onrechtmatige wijze de beschikking heeft gekregen over deze middelen en daarmee onbevoegd de handtekening zet.[130] In het maatschappelijk verkeer mag er van worden uitgegaan dat een elektronische handtekening een redelijke mate van zekerheid biedt.

3.5.6 Privacybescherming

Om het aanbod van een ISP te kunnen aanvaarden, dient een aspirant-klant zijn persoonsgegevens in te vullen op de aanmeldingssite van de ISP. De klant loopt daarmee een zeker risico door al zijn gegevens prijs te geven. Het staat ISP's niet vrij met de verkregen persoonsgegevens te doen en laten wat ze willen. De persoonlijke levenssfeer van individuen kan daaraan in de weg staan. De Europese Richtlijn bescherming persoonsgegevens heeft als doel bescherming te bieden aan natuurlijke personen in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens.[131] De Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) is de implementatie van deze richtlijn.[132] Zodra een ISP overgaat tot het verzamelen van persoonsgegevens, is de WBP al van toepassing. Daaruit volgt de verplichting het bestand, waarin de persoonsgegevens zijn opgenomen, aan te melden bij het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP). Voordat met het verzamelen van persoonsgegevens wordt aangevangen, zullen ISP's de betrokkenen in beginsel moeten informeren dat hun persoonsgegevens worden verzameld en tevens waarvoor deze gegevens worden verzameld.[133] Daarbij mogen de gegevens niet worden gebruikt voor doeleinden die niet verenigbaar zijn met die waarvoor zij oorspronkelijk zijn verstrekt. Daarnaast

130 Zie Van Esch 2003, p. 342.
131 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* L281/31 (Richtlijn bescherming persoonsgegevens).
132 *Stb*. 2000, 302. Deze wet is op 1 september 2001 in werking getreden.
133 Zie ook paragraaf 3.4.4.1 'Instemming'.

moeten ISP's desgewenst aan de betrokkenen inzage geven in de verzamelde persoonsgegevens en hen de gelegenheid geven onjuiste gegevens te corrigeren.

In verband met de privacy kan een ISP op zijn website een passage opnemen waaruit blijkt welke informatie voor welke doeleinden zal worden verzameld. Een praktische oplossing die sommige ISP's hanteren is het opnemen van een privacyverklaring op de website. In de privacyverklaring verklaart een ISP hoe hij omgaat met de privacy van zijn klanten. De privacyverklaring kan raadpleegbaar zijn via een hyperlink. Door de link aan te klikken kan er door de privacyverklaring worden gescrold. Het is echter de vraag of een klant de privacyverklaring ook uitdrukkelijk moet aanvaarden, net als de algemene voorwaarden,[134] of dat dit niet noodzakelijk is voor het van toepassing zijn van de privacyverklaring. Een praktische oplossing zou zijn dat de de aspirant-klant een 'ik aanvaard knop' moet aanklikken, alvorens hij verder kan gaan.[135] In hoofdstuk 4 zal blijken dat ISP's een verwijzing naar hun privacyverklaring hebben opgenomen in hun algemene voorwaarden.[136]

3.5.7 Opmerkingen

Met de komst van de Aanpassingswet inzake elektronische handel zal de ISP aan informatieplichten moeten voldoen wil hij rechtsgeldig elektronisch en op afstand onaantastbare overeenkomsten kunnen sluiten. De algemene informatieplichten uit Boek 3 BW leveren voor de meeste ISP's geen problemen op omdat ze er al aan voldoen. Een ISP kan aan deze informatieplichten voldoen door de betreffende gegevens te publiceren op zijn website, bijvoorbeeld via een hyperlink die toegang tot de betreffende gegevens mogelijk maakt. Met betrekking tot de informatieplichten uit Boek 6 BW zullen de meeste ISP's hun websites moeten aanpassen voorzover de overeenkomst elektronisch tot stand komt en het informatieplichten zijn die dienen te worden vermeld bij het totstandkomingsproces van de ISP-overeenkomst. Een aantal van de bedoelde informatieplichten betreffen gegevens die men ook zal tegenkomen in algemene voorwaarden. Denk bijvoorbeeld aan de wijze van betaling en de opzeggingsmogelijkheden van de overeenkomst.[137] De sanctiemiddelen die gelden wanneer niet wordt voldaan aan de informatieplichten, zullen niet snel worden gehanteerd. De ontvangstbevestiging is geen constitutief vereiste voor de

---

134 Zie paragraaf 3.7 'Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in ISP-overeenkomsten'.

135 Zie bijlage paragraaf 3 'Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.

136 Ook aan de inhoud van privacyverklaringen wordt in hoofdstuk 4 aandacht besteed. Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes' over privacyverklaringen. Het is onduidelijk of een enkele verwijzing in de algemene voorwaarden voldoende is om te voldoen aan de wettelijke verplichting om de klant te informeren over het verzamelen van zijn persoonsgegevens.

137 Zie bijlage 'Een beeld van ISP-overeenkomsten'.

totstandkoming van de elektronische overeenkomst. Een elektronische handtekening kan een ISP meer rechtszekerheid bieden. Het hanteren van een privacyverklaring op de website is aan te bevelen op grond van de WBP.

3.6 AANBOD EN AANVAARDING EN DE TW

Hoofdstuk 7 van de TW gaat in op eindgebruikersbelangen en stelt onder andere regels ten aanzien van de informatieverstrekking aan consumenten.[138]

3.6.1 Begripsbepalingen

Telecommunicatie is iedere overdracht, uitzending of ontvangst van signalen van welke aard ook door middel van kabels, radiogolven, optische middelen of andere elektromagnetische middelen. Een telecommunicatiedienst is een dienst die geheel of gedeeltelijk bestaat in de overdracht of routering van signalen over een telecommunicatienetwerk. Van een openbare telecommunicatiedienst is sprake wanneer de dienst beschikbaar is voor het publiek. De TW is van toepassing op ISP's, zij zijn immers aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten wanneer zij access verrichten (art. 1.1 TW).

3.6.2 Informatie voor of bij het sluiten van de overeenkomst

Op grond van art. 7.1 TW rust op een ISP een informatieplicht. Het artikel schrijft de ISP voor over de aangegeven onderwerpen die in de dienstverleningsrelatie met een consument een rol spelen informatie te verstrekken. Voor of bij het sluiten van een overeenkomst met een consument dient een ISP aan hem de volgende gegevens op schrift of op een andere ter zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager te verstrekken (art. 7.1 lid 1 TW):

a. de naam en het adres van vestiging van de ISP;[139]
Verstrekking van naam en adres zijn belangrijke gegevens. De ISP zal de volledige naam dienen te verschaffen van de rechtspersoon met wie de consument een overeenkomst zal aangaan en daarnaast het adres van vestiging van de betreffende onderneming.

138 Zie Van Eijk 2006 en Huisjes 2005.
139 Zie art. 7:46c lid 1 sub a en art. 3:15d lid 1 sub a BW.

b. de te verstrekken diensten en de wachttijd bij eerste aansluiting op een openbare elektronische communicatiedienst;[140]
Informatie over de te verstrekken diensten is van belang omdat de consument zich met deze informatie een toereikend beeld moet kunnen vormen van de diensten. Daarnaast is het van belang dat een ISP aan de consument informatie verschaft over hoe en wanneer de consument gebruik kan gaan maken van de diensten.

c. het kwaliteitsniveau van de te verstrekken diensten;
Bij het kwaliteitsniveau van de te verstrekken diensten valt te denken aan *service levels* (SLA), waarmee in nauwkeurige procentaanduidingen de beschikbaarheid en de betrouwbaarheid van de diensten wordt vastgelegd.[141]

d. de soorten onderhoudsdiensten;
Een ISP dient te vermelden welke soorten onderhoudsdiensten hij beschikbaar stelt. Hierbij kan worden gedacht aan een storingshersteldienst (mogelijkheid tot melding van storingen) en een helpdesk. Daarbij speelt bereikbaarheid van de onderhoudsdiensten een rol.[142]

e. de geldende tariefstructuur, de belangrijkste tarieven en de wijze waarop informatie verkregen kan worden over de geldende tarieven en onderhoudskosten;[143]
De consument dient over de tariefstructuur en de belangrijkste tarieven zoals die bij aanvang van de dienstverlening door de ISP worden gehanteerd, op de hoogte te worden gesteld. Verschaffing van prijsinformatie maakt het aanbod bepaalbaarder.

f. de duur van de overeenkomst alsmede de voorwaarden waaronder de overeenkomst of onderdelen daarvan, kan worden verlengd of beëindigd;[144]
De consument moet informatie worden verstrekt omtrent de minimale duur van de overeenkomst, de eventuele stilzwijgende verlenging van de overeenkomst en de voorwaarden waaronder alsmede de wijze waarop de overeenkomst tussentijds kan worden beëindigd.[145]

---

140 Zie art. 7:46c lid 1 sub b BW.
141 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.5 'Inspanningsverbintenis c. q. resultaatsverbintenis'.
142 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.5 'Inspanningsverbintenis c. q. resultaatsverbintenis'.
143 Zie art. 7:46c lid 1 sub c en art. 3:15d lid 2 BW.
144 Zie art. 7:46c lid 1 sub i en lid 2 sub e BW.
145 Zie hoofdstuk 5 'Beëindiging van ISP-overeenkomsten'.

g. de schadevergoedingsregeling of terugbetalingsregeling die geldt indien de overeenkomst, voorzover het het kwaliteitsniveau van de geleverde dienst betreft, niet wordt nagekomen, en
Duidelijk dient te zijn in hoeverre de consument aanspraak kan maken op restitutie of kortingen indien het toegezegde kwaliteitsniveau niet wordt behaald.[146]

h. de wijze waarop gebruik kan worden gemaakt van de geschillencommissie, bedoeld in artikel 12.1 of van de procedure, bedoeld in artikel 12.9.
De ISP dient de consument te attenderen op de onder de wet gecreëerde methoden van geschillenbeslechting.

Op grond van de TW gelden er ook vormvereisten voor het verstrekken van de informatie: schriftelijk dan wel op een duurzame gegevensdrager. De definitie van duurzame gegevensdrager is gelijk aan die uit de wet overeenkomsten op afstand.[147] Een ISP dient er daarnaast voor te zorgen dat de gegevens die hij voor of bij het sluiten van de overeenkomst verstrekt, worden opgenomen in de tussen hem en de desbetreffende consument te sluiten overeenkomst (art. 7.1 lid 2 TW).[148] Dit is een vereiste dat niet geldt voor de overeenkomst op afstand en de elektronisch gesloten overeenkomst. In de praktijk zal het er op neerkomen dat de informatie wordt opgenomen in de algemene voorwaarden.

Wanneer de informatieplichten niet worden nageleefd door de ISP gelden er geen sancties zoals bij de overeenkomst op afstand en de elektronische overeenkomst het geval is. Handhaving van de informatieplichten is in de TW niet gereguleerd en daarmee problematisch.

3.6.3 Opmerkingen

Op grond van de TW dient een ISP aan nog meer informatieplichten te voldoen dan de eerder genoemde informatieplichten in het BW. De TW legt de verplichting op de gegevens ook in de overeenkomst op te nemen. Dat betekent dat de informatie zowel door de ISP op de website moet worden vermeld, als in de algemene voorwaarden moet worden opgenomen.

146 Zie hoofdstuk 6 'Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten'.
147 Zie paragraaf 3.4.3 'Informatie na het sluiten van de overeenkomst'.
148 Bij ministeriële regeling kunnen categorieën van openbare elektronische communicatiediensten worden aangewezen met betrekking waartoe voor de desbetreffende aanbieder de in het eerste en tweede lid bedoelde verplichting geheel of gedeeltelijk buiten toepassing blijft (art. 7.1 lid 3 TW).

3.7 TOEPASSELIJKHEID ALGEMENE VOORWAARDEN IN ISP-OVEREENKOMSTEN

De term algemene voorwaarden is al meerdere malen gebruikt. Hier volgt een korte behandeling.[149] Algemene voorwaarden zijn naar hun aard niets anders dan een (beoogd) deel van de overeenkomst, aldus Hijma.[150] Het gaat om complexen van gestandaardiseerde bedingen, die in het kader van het sluiten van een overeenkomst door de ene partij (de gebruiker) aan de andere partij worden voorgelegd teneinde in de tot stand te brengen overeenkomst te worden opgenomen. In de praktijk gaat de wederpartij veelal met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden akkoord zonder deze te lezen en zich op hun betekenis te bezinnen. Vele contractanten gebruiken algemene voorwaarden om de te creëren rechtsverhouding nader in te vullen en aldus tussen partijen (rechts)zekerheid te bewerkstelligen.[151] Door de algemene voorwaarden weten zij en hun contractspartners waar zij aan toe zijn, zonder dat allerlei details in tijd- en geldrovende gesprekken uitvoerig behoeven te worden doorgenomen. 'Nette' algemene voorwaarden hebben in de maatschappij een nuttige functie. Problematisch wordt het wanneer in algemene voorwaarden als onredelijk te beschouwen clausules voorkomen, aan de werking waarvan de wederpartij zich blootstelt zonder zich dat voldoende te realiseren. Aan de algemene voorwaarden is een complete afdeling gewijd: afdeling 6.5.3, artt. 6:231-247 BW. Deze heeft speciale aandacht voor de positie van de consument. Afdeling 6.5.3 is van dwingend recht.[152]

3.7.1 Begripsbepalingen

In art. 6:231 BW zijn de begripsbepalingen van de algemene voorwaardenregeling neergelegd. In de Aanpassingswet inzake elektronische handel is in art. 6:231 sub a BW het woord 'schriftelijke' geschrapt.[153] De definitie van algemene voorwaarden wordt hiermee aangepast aan een elektronische omgeving: algemene voorwaarden kunnen ook elektronische bedingen zijn. Algemene voorwaarden zijn een of meer bedingen[154] die zijn opgesteld ten-

149 In deze paragraaf besteed ik slechts kort aandacht aan algemene voorwaarden, voor wie zich verder wil oriënteren wordt verwezen naar Hondius 1978; Jongeneel 1991; Wessels & Jongeneel 1997; Loos 2001; Wessels e.a. 2002; Hijma 2003; Asser-Hartkamp 4-II 2005 en Loos 2006. Zie ook hoofdstuk 4 'Inhoud van ISP-overeenkomsten'.

150 Hijma e.a. 2004, p. 281.

151 Hijma e.a. 2004, p. 282.

152 Zie art. 6:246 BW.

153 Hiermee wordt uitvoering gegeven aan art. 10 lid 3 Richtlijn inzake elektronische handel.

154 De in de begripsomschrijving van art. 6:231 sub a BW opgenomen woorden 'een of meer' maken duidelijk dat algemene voorwaarden niet per se groepsgewijze voorkomen; ook één op zichzelf staand standaard beding kan een algemene voorwaarde zijn.

einde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen,[155] met uitzondering van bedingen die de kern van een prestatie aangeven, voorzover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.[156] De gebruiker, degene die algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt, is in dit geval de ISP (art. 6:231 sub b BW). De wederpartij, degene die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard, is de klant van de ISP (art. 6:231 sub c BW). Uit de begripsbepaling blijkt dat een ISP elektronische algemene voorwaarden in de ISP-overeenkomst met zijn klant kan gebruiken. De vraag is nu hoe deze elektronische algemene voorwaarden op afstand van toepassing kunnen worden verklaard.[157]

3.7.2 Toepasselijkheid

De toepasselijkheid van de algemene voorwaarden ontstaat in twee stappen.[158] De eerste is het aanvaarden van de gelding van de algemene voorwaarden door de wederpartij (artt. 6:231 sub c jo. 6:232 BW). De tweede is het voldoen aan de informatieplicht die rust op de gebruiker van algemene voorwaarden (artt. 6:233 sub b jo. 6:234 BW).

3.7.2.1 Aanvaarding

Uit art. 6:231 sub c BW kan worden opgemaakt dat de algemene voorwaarden door de wederpartij dienen te worden aanvaard voordat ze gelding hebben. Er moet sprake zijn van een aanbod en een aanvaarding van de algemene voorwaarden conform art. 6:217 BW. Uit art. 6:232 BW blijkt dat een wederpartij ook aan de algemene voorwaarden is gebonden als bij het sluiten van de overeenkomst de gebruiker begreep of moest begrijpen dat zij de inhoud daarvan niet kende. Het gaat dus slechts om de aanvaarding van de algemene voorwaarden als geheel, niet om de aanvaarding van de inhoud van alle bedingen die onderdeel uitmaken van de algemene voorwaarden. In art. 6:232 BW is een fictieve wilsbinding neergelegd. De vraag wanneer de algemene

155 Omdat de voorwaarden voor meermalig gebruik moeten zijn bestemd, spreekt men vaak van 'bestemmingscriterium'. Indien de brancheorganisatie NLIP de hantering van de 'Algemene Voorwaarden voor Internet Providers' aan haar leden zou voorschrijven of aanbevelen, is het duidelijk dat de voorwaarden bestemd zijn om in een (groot) aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Hierbij kan worden opgemerkt dat het hanteren van van een brancheorganisatie afkomstige algemene voorwaarden onder afdeling 6.5.3 valt, ook als het door een niet-lid of op incidentele basis geschied.

156 Aan kernbedingen wordt in hoofdstuk 4 paragraaf 4.2 'Kernbeding en algemene voorwaarden van ISP-overeenkomsten' aandacht besteed.

157 Zie Stuurman 2000, p. 145-150.

158 Zie Siemerink 2004 A.

voorwaarden rechtens zijn aanvaard wordt niet beantwoord in afdeling 6.5.3, maar zal moeten worden beoordeeld aan de hand van art. 3:33 BW e.v.

In de Netwise/NTS zaak gaat de Rotterdamse voorzieningenrechter onder andere in op de vraag op welke wijze algemene voorwaarden op een website moeten worden gepresenteerd.[159] Netwise voert onder <http://www.e-mail-gids.com> een voor het publiek toegankelijke, gratis online gids van Nederlandse e-mail-adressen. Een internetgebruiker die de website bezoekt, ziet aan de linkerkant van zijn scherm een link met de tekst 'voorwaarden'. De bezoeker die deze voorwaarden wil raadplegen kan dit doen door op deze hyperlink te klikken. NTS heeft de website van Netwise bezocht en betwist dat er tussen NTS en Netwise een overeenkomst tot stand is gekomen zodat NTS niet is gebonden aan de voorwaarden van Netwise. NTS heeft voorts aangevoerd dat zij niet gebonden was aan de algemene voorwaarden daar haar, toen zij de website bezocht, niet is gevraagd akkoord te gaan met die voorwaarden. De rechter oordeelde als volgt:

> 'Zelfs indien moet worden aangenomen dat op de openingspagina van de site niet was vermeld "door in de gids te zoeken stemt u in met de voorwaarden", doch dat slechts een button "voorwaarden" werd getoond en dat door het aanklikken van die button de voorwaarden konden worden geraadpleegd, moet worden aangenomen dat NTS door de gids te raadplegen zich aan die voorwaarden heeft gebonden. Immers, van een professionele bezoeker van de site mag worden verwacht dat hij begrijpt dat de "voorwaarden" waar hij op eenvoudige wijze kennis van kan nemen, (onder meer) voorwaarden zijn die Netwise aan het gebruik van zijn gids wenst te verbinden.'

NTS heeft door de gids te gebruiken de voorwaarden van Netwise geaccepteerd en is uit dien hoofde gebonden aan die voorwaarden. Hier betrof het echter een professionele wederpartij. Wanneer de wederpartij een consument is, is het in verband met een eventuele bewijslevering aan te raden dat de gebruiker zijn website zo in richt dat een consument de algemene voorwaarden uitdrukkelijk moet aanvaarden wil hij verder kunnen gaan met het orderproces c.q. het raadplegen van andere pagina's op de website. Dit kan heel goed door middel van een 'ok-knop' en is tevens in het belang van de consument, omdat hij er op deze wijze nog eens uitdrukkelijk op wordt gewezen dat algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing zijn.

Art. 6:231 sub c jo. 6:232 BW toegepast op de ISP-overeenkomst betekent het volgende. Een aspirant-klant van de ISP dient de algemene voorwaarden die de ISP gebruikt, te aanvaarden willen ze gelding hebben. Op welke manier een ISP de algemene voorwaarden aanbiedt, is zijn eigen keuze. Er geldt geen vormvereiste. Een ISP zal zijn website zo moeten inrichten dat een aspirant-

159 Rb. Rotterdam 5 december 2002, KG 03/15, *Computerrecht* 2003/2, p. 149-153, m.nt. A.R. Lodder en in *JAVI* 2003/1, p. 18-21, m.nt. T.J. de Graaf (Netwise/NTS).

klant zijn algemene voorwaarden ook daadwerkelijk aanvaardt. Door aanvaarding is de aspirant-klant aan de algemene voorwaarden gebonden, ook als bij het sluiten van de overeenkomst de ISP begreep of moest begrijpen dat de aspirant-klant de inhoud van de algemene voorwaarden niet kende. Dit onderzoek gaat uit van een ISP-overeenkomst die wordt aangegaan via een website. Mogelijkheden voor een ISP om zijn algemene voorwaarden aan te bieden zijn via een duidelijke hyperlink, met behulp van een apart venster of door de algemene voorwaarden integraal op de pagina op te nemen. De laatste mogelijkheid is echter niet efficiënt voor de ISP. Door middel van een 'hiermee aanvaard ik de algemene voorwaarden-knop' bij de hyperlink of in het venster kan de aspirant-klant de algemene voorwaarden aanvaarden tijdens het totstandkomingsproces van de elektronische overeenkomst.[160] Door aanvaarding is de klant aan de algemene voorwaarden gebonden. Of deze mogelijkheden juridisch gezien ook voldoen vanuit het perspectief van de informatieplicht, wordt in de volgende paragraaf onderzocht.

3.7.2.2 Informatieplicht

Op de gebruiker van algemene voorwaarden, in dit geval de ISP, rust een informatieplicht die op te maken is uit de artt. 6:233 sub b jo. 6:234 BW. Zodra is vastgesteld dat de algemene voorwaarden zijn aanvaard, kan een eventueel beroep op schending van de informatieplicht aan de orde zijn. De informatieplicht dient het dossierbelang, het biedt de klant de mogelijkheid de algemene voorwaarden op te slaan en na het sluiten van de overeenkomst deze te raadplegen.[161] Het is een algemeen bekend feit dat klanten dit doorgaans echter pas doen zodra er een geschil rijst. De ISP moet aan de aspirant-klant een redelijke mogelijkheid bieden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen op straffe van vernietigbaarheid. De ISP heeft deze mogelijkheid aan de aspirant-klant geboden indien hij:[162]

> 'c. hetzij, indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld op een zodanige wijze dat deze door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij bekend heeft gemaakt

160 Zie ook Siemerink 2002 B en Wefers Bettink 2000.
161 Zie Hijma 2003, p. 55-68.
162 Uit het arrest HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 m.nt. JH (Geurtzen/Kampstaal) kan worden opgemaakt dat in art. 6:234 lid 1 BW in beginsel limitatief is geregeld hoe de gebruiker van algemene voorwaarden aan de wederpartij de mogelijkheid kan bieden kennis te nemen van die voorwaarden. Dit standpunt is inmiddels achterhaald door de komst van art. 6:234 lid 1 sub c BW. Zie ook HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 385 m.nt. HJS (VNP/Havrij) en Hartlief 2002.

waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, alsmede dat zij op verzoek lang elektronische weg of op een andere wijze zullen worden toegezonden.'[163]

Een ISP die via internet overeenkomsten sluit moet zijn algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van een overeenkomst langs elektronische weg aan de klant ter beschikking stellen. Een internetgebruiker moet op een duidelijke manier in de gelegenheid worden gesteld om van algemene voorwaarden kennis te nemen. Het is de vraag of het opnemen van de voorwaarden aan de linkerkant van de website met een link 'voorwaarden' daaraan voldoet. De link moet duidelijk op de website aanwezig zijn zodat de klant er niet overheen kijkt, en het moet ook duidelijk zijn dat het algemene voorwaarden betreft.[164] Op het internet zal niet snel sprake zijn van een situatie waarin redelijkerwijs niet van de ISP kan worden gevergd dat hij de algemene voorwaarden elektronisch ter beschikking stelt. Het internet vergroot de toegankelijkheid van algemene voorwaarden.[165] Een ISP kan zijn algemene voorwaarden gemakkelijk via een hyperlink leesbaar aanbieden aan een aspirant-klant, ook al voordat een overeenkomst is gesloten.[166] De algemene voorwaarden van ISP's zijn echter in de praktijk niet altijd even eenvoudig op hun websites te vinden.[167]

Aangezien er in dit hoofdstuk van wordt uitgegaan dat de ISP-overeenkomst elektronisch tot stand komt, is voor de ISP de informatieplicht uit sub c van art. 6:234 lid 1 BW van toepassing. De vraag speelt hoe algemene voorwaarden

163 Art. 6:234 lid 1 BW was duidelijk toegesneden op de mondelinge en schriftelijke totstandkoming van overeenkomsten. In de Aanpassingswet inzake elektronische handel is daarom onderdeel c aan lid 1 toegevoegd voor gevallen waarin de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt.

164 Zie Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT1762, (HCC/Dell), r.o. 9. Het hof heeft in deze zaak geconstateerd dat op de website van Dell naar de voorwaarden wordt verwezen en deze voorwaarden op elk moment (derhalve zowel voor als bij het sluiten van een overeenkomst) via de pagina ter beschikking worden gesteld op een zodanige wijze dat deze door een consument kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming.

165 Als een consument op zoek gaat naar een ISP dan kan hij die zoektocht verrichten via het internet. Op de portal-sites van de ISP's kan een 'zoekende' consument de algemene voorwaarden (of een link naar de algemene voorwaarden) raadplegen. De consument zou de algemene voorwaarden van verschillende ISP's met elkaar kunnen verglijken om een keuze tussen de verschillende ISP's te maken. Ook wanneer hij nog geen eigen toegang heeft tot het internet. Een consument kan de zoektocht dan ondernemen met behulp van toegang via bijvoorbeeld zijn werk of vrienden.

166 De bezwaren die naar voren kunnen worden gebracht tegen de verplichte terhandstelling van de algemene voorwaarden gelden voor het elektronisch sluiten van overeenkomsten in veel mindere mate. Zie Loos 2004.

167 Zie bijlage paragraaf 3 'Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.

op een website ter beschikking moeten worden gesteld.[168] Gebeurt dit niet correct, dan kunnen de bedingen in de algemene voorwaarden worden vernietigd. Een ISP zal zijn algemene voorwaarden op zijn website moeten opnemen, bijvoorbeeld op zijn portal-site of op de aanmeldingssite met behulp van een hyperlink. De algemene voorwaarden moeten door de klant kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. Hieruit kunnen wij opmaken dat een ISP aan een klant een leesbaar en voor hem toegankelijk stuk (hij kan van de inhoud daarvan kennis nemen) dat hij kan opslaan opdat hij het ook nog later kan inzien, moet doen toekomen. De klant moet de algemene voorwaarden bijvoorbeeld op een diskette of zijn harde schijf kunnen opslaan. Dit vereiste brengt mee dat de ISP, die daarbij gebruik wil maken van een bepaalde techniek, gehouden is de klant over de juiste technische middelen te doen beschikken om de inhoud van de algemene voorwaarden te kunnen raadplegen en opslaan, indien deze daarover niet beschikt. De ISP zou de algemene voorwaarden bijvoorbeeld in een PDF-bestand downloadbaar kunnen maken om aan zijn verplichting te voldoen. Hierbij dient de ISP de klant gegevens te verschaffen over hoe hij het PDF-bestand kan downloaden en kan opslaan op zijn harde schijf.[169] Verwacht mag worden dat een groot aantal klanten weet op welke wijze de opslag van algemene voorwaarden die zijn gepresenteerd op een website kan worden gerealiseerd. Praktisch gezien is het handig wanneer de algemene voorwaarden goed door te scrollen zijn per artikel (een window per artikel is daarom niet aan te bevelen) en gemakkelijk kunnen worden geprint.[170]

3.7.3 Opmerkingen

Bij het aanvaarden van het elektronische aanbod via de ISP-website dient de klant (een hyperlink die toegang biedt tot) de algemene voorwaarden onder ogen te krijgen en deze expliciet te aanvaarden, alvorens de algemene voorwaarden ook daadwerkelijk van toepassing zijn. Het aanbieden van algemene voorwaarden op de website waarbij de aspirant-klant verplicht door de algemene voorwaarden wordt geleid alvorens de aanmeldingshandelingen te kunnen vervolgen is daarbij niet noodzakelijk. Het gebruik van een hyperlink die toegang biedt tot de algemene voorwaarden is passend, mits de voorwaarden kunnen worden opgeslagen en deze toegankelijk zijn voor latere kennis-

168 Zie Van Esch & Bramer 2000 en Van Esch 2001, p. 377-378. Daarnaast kan nog worden opgemerkt dat de wijze van gebruik van algemene voorwaarden op een website een onderwerp is dat geschikt is voor zelfregulering.

169 Om PDF-bestanden te kunnen lezen dient een leesprogramma als adobe acrobat reader op de computer te zijn geïnstalleerd. Ook over het downloaden van dergelijke leesprogramma's zal de ISP zijn klanten informatie moeten verschaffen.

170 Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat de meeste ISP's deze mogelijkheden bieden. Zie bijlage paragraaf 3 'Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.

neming. Latere kennisneming door de klant van de algemene voorwaarden is dan mogelijk door de opgeslagen kopie van de algemene voorwaarden op zijn harde schijf te raadplegen. De hyperlink die verwijst naar de algemene voorwaarden zal echter duidelijk op de aanmeldingswebsite aanwezig moeten zijn en daarbij zal voldoende toelichting moeten worden gegeven over de print en/of opslag mogelijkheden.

3.8 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is het totstandkomen van ISP-overeenkomsten langs elektronische weg en op afstand via de website van een ISP besproken. Een ISP dient te voldoen aan de bepalingen uit de Wet overeenkomsten op afstand, de Aanpassingswet inzake elektronische handel en de TW in de B2C markt. Deze wetten leggen de ISP informatieplichten op waaraan sancties zijn verbonden. De betreffende informatieplichten hebben zowel betrekking op de hoedanigheid van de ISP, de fase van het sluiten van de overeenkomst en op de fase van de uitvoering van de overeenkomst. De informatieplichten spelen een rol in de precontractuele fase, maar hebben pas effect zodra de ISP-overeenkomst tot stand is gekomen. Een ISP-overeenkomst komt tot stand door een aanbod en een aanvaarding daarvan. Op de website van een ISP kan er sprake zijn van een uitnodiging tot het doen van een aanbod of van een aanbod. In de Wet overeenkomsten op afstand is geen rekening gehouden met ISP's die elektronisch en op afstand diensten verrichten. Met name de sanctie, het ontbindingsrecht, is problematisch voor een ISP. Ook de toepasselijkheid van elektronische algemene voorwaarden is wettelijk geregeld en brengt een informatieplicht voor de ISP met zich mee. De algemene voorwaarden dienen duidelijk via de website raadpleegbaar te zijn, bijvoorbeeld met behulp van een hyperlink, met een goede mogelijkheid er doorheen te scrollen. Voorts moet er de mogelijkheid zijn voor de klant om de algemene voorwaarden op te slaan op zijn harde schijf en eventueel te printen. Al deze informatieplichten dienen zorg te dragen voor transparantie in ISP-overeenkomsten, daarvan is nu, zo is uit het praktijkonderzoek gebleken, niet steeds sprake. Wat betreft de toepasselijkheid van algemene voorwaarden kan worden geconcludeerd dat deze tijdens het totstandkomingsproces door consumenten expliciet dienen te worden aanvaard om onduidelijkheid te voorkomen. Al met al kan worden gesteld dat de in dit hoofdstuk besproken regelgeving het elektronisch tot stand komen van ISP-overeenkomsten mogelijk maakt.

4 Inhoud van ISP-overeenkomsten

4.1 Contractuele fase

In de vorige hoofdstukken zijn de verschillende functies en diensten van ISP's onderscheiden en is de totstandkoming van ISP-overeenkomsten beschreven. Wij zijn nog niet specifiek ingegaan op de inhoud van de overeenkomst. In de bijlage is de inhoud van de overeenkomsten van vijftien verschillende ISP's gerubriceerd weergegeven.[1] In dit hoofdstuk zullen wij de praktijk van de ISP's becommentariëren.

Om toegang te verkrijgen tot, gebruik te maken van, of informatie te plaatsen op het internet sluit een klant een overeenkomst met een ISP. De inhoud van de ISP-overeenkomst heeft betrekking op de vier functies: access, hosting, extra value en content. Op basis van de inhoud kan een ISP-overeenkomst worden gekwalificeerd. Is een ISP-overeenkomst bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht of een sui generis overeenkomst? Wat is het kernbeding van een ISP-overeenkomst en wat kan in redelijkheid in algemene voorwaarden worden geregeld? In dit hoofdstuk stellen wij ons ten doel een aantal criteria te formuleren voor de inhoud van ISP-overeenkomsten en te onderzoeken in hoeverre ISP's in de praktijk aan deze criteria voldoen.

De opbouw van het hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 4.2 wordt ingegaan op het onderscheid tussen een kernbeding en algemene voorwaarden van ISP-overeenkomsten. Vervolgens wordt in paragraaf 4.3 aan de hand van afdeling 6.5.3 BW ingegaan op de inhoud van algemene voorwaarden. In paragraaf 4.4 wordt aan de hand van de criteria die zijn geformuleerd in paragraaf 4.3 de inhoud van algemene voorwaarden in ISP-overeenkomsten getoetst. In paragraaf 4.5 wordt het hoofdstuk afgesloten met een conclusie.

4.2 Kernbeding en algemene voorwaarden van ISP-overeenkomsten

Wij moeten nu eerst onderzoeken of er bij de gehanteerde algemene voorwaarden sprake is van algemene voorwaarden zoals in art. 6:231 sub a BW is bedoeld, teneinde vast te stellen of daarvoor de beschermingsregels voor de consument gelden. Er kan op grond van art. 6:231 sub a BW namelijk een

1 Zie bijlage: 'Een beeld van ISP-overeenkomsten'.

onderscheid worden gemaakt tussen kernbedingen en algemene voorwaarden die tezamen een ISP-overeenkomst vormen. De eerste vraag is dan wat onder een kernbeding wordt verstaan.

Kernbedingen zijn onderdelen van de overeenkomst die essentieel zijn voor het bestaan daarvan, in die zin dat zij:

> 'van zo wezenlijke betekenis zijn dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn.'[2]

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het bij een kernbeding gaat om de 'essentialia' of essentiële verplichtingen van partijen in verband met de aard van de overeenkomst.

Als vuistregel geldt dat die afspraken als kernbeding zijn te beschouwen, zonder welke de overeenkomst bij gebreke aan voldoende bepaalbaarheid (art. 6:227 BW) van de verbintenissen niet geldig tot stand zou kunnen komen.[3] Voor de vaststelling van wat daaronder moet worden verstaan is dan ook niet bepalend of het beding in kwestie een voor de gebruiker of voor beide partijen belangrijk punt regelt, maar of het van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van de wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn.[4] In de formulering 'bedingen die de kern van de prestatie aangeven' dient het woord 'aangeven' strikt te worden opgevat, in de zin van fundamenteel vastleggen.[5] Partijen hebben het in beginsel niet in hun macht zelf bedingen tot kernbedingen te bestempelen. Het is immers niet de bedoeling dat de partijen een bepaalde voorwaarde aan de toetsing van afdeling 6.5.3 zullen onttrekken door haar (uitdrukkelijk of stilzwijgend) tot kernbeding te verklaren. Indien sprake is van een kernbeding is de wettelijke toetsingsregeling niet van toepassing, maar alleen de algemene toetsing uit hoofde van redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:248 BW en verwante bepalingen zoals art. 6:258 BW. De Hoge Raad heeft uitgesproken dat de ter zake van kernbedingen gemaakte uitzondering zo beperkt mogelijk moet worden opgevat.[6]

De inhoud van het begrip kernbeding dient aan de hand van objectieve maatstaven te worden vastgesteld. Als voorbeelden van kernbedingen worden in de parlementaire geschiedenis onder meer genoemd de door de wederpartij te betalen prijs, de hoeveelheid, het gewicht of de kwaliteit van verkochte soortzaken, de omvang van de dekking bij de verzekeringsovereenkomst en

---

2 *Parl. Gesch.* Inv. Boek 6, p. 1527.
3 MvT II, *Parl. Gesch.* Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1521.
4 MvA II, *Parl. Gesch.* Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6) p. 1527.
5 Hijma e.a. 2004, p. 289.
6 HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6 (Assoud/Nationale Sporttotalisator); *AA* 1998, p. 602, m.nt. Hijma en HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567, m.nt. JH.

de reisduur bij een reisovereenkomst, vaststelling van het loon en/of van de daarvoor te verrichten dienst(en).[7]

Contractsvrijheid brengt met zich mee dat een overeenkomst ook geldig en onaantastbaar is als zij voor de ene partij aanmerkelijk gunstiger is dan voor de andere partij. Teneinde te voorkomen dat in het kader van de algemene voorwaarden de rechter het contractuele evenwicht toch op zijn redelijkheidsgehalte zou (moeten) gaan toetsen, hetgeen met het geschetste algemene beeld niet verenigbaar zou zijn, is de uitzondering voor kernbedingen in de wet opgenomen.[8]

Om het kernbeding van de overeenkomst die een ISP met een klant sluit te bepalen, dienen de essentiële punten van een ISP-overeenkomst te worden bepaald. Men kan de indeling van verschillende functies die een ISP verricht opvatten als een indeling van kernprestaties in de ISP-overeenkomst. De functie access maakt toegang tot het internet mogelijk, de functies hosting, extra value en content maken het met behulp van access mogelijk gebruik te maken van verschillende internetdiensten. Een ISP wil een vergoeding (geld, betaling) voor de functies c.q. diensten die hij aan de klant verleent. De te verlenen functie en de 'prijs' vormen de kern van de ISP-overeenkomst, deze kern kan verder worden uitgewerkt in de algemene voorwaarden. Bij access kan de vraag worden gesteld of het toegang tot het systeem van de ISP of toegang tot het wereldwijde internet betreft. Deze vraag kan in de algemene voorwaarden nader worden bepaald door access te omschrijven. Zo kunnen hosting en extra value ook nader worden omschreven in de algemene voorwaarden, waarin bijvoorbeeld een omschrijving staat van wat de in de overeenkomst bedoelde internetdiensten zijn: e-mail, website, helpdesk, etcetera.

In de praktijk worden de functies vaak door een ISP in één overeenkomst aangeboden. Tussen de vier kernbedingen kan dan een rangorde worden aangebracht. In dat geval is access het belangrijkste kernbeding in de ISP-overeenkomst omdat het met behulp van access mogelijk is gebruik te maken van de verschillende internetdiensten. Op de tweede plaatst staat hosting, het aan een klant de mogelijkheid verschaffen op de ISP-server bepaalde informatie van en voor derden toegankelijk te maken. Deze twee functies op zich zijn van wezenlijke betekenis voor het bestaan van een ISP-overeenkomst. Of extra value een kernbeding is, is afhankelijk van de vraag of aan een klant aanvullende diensten worden verleend. Het gaat dan om extra waarde naast hosting of access. Content zal niet altijd een kernbeding zijn omdat een klant een ISP-overeenkomst ook sluit zonder dat zijn medecontractant ISP de functie content uitoefent. Content heeft dan geen betrekking op het wezen van de overeenkomst, maar betreft een uitvoeringsmogelijkheid voor onderdelen van de overeenkomst. Daarentegen kan content wel een kernbeding zijn indien een klant bewust voor een ISP kiest die bijvoorbeeld content in de vorm van

7 Zie ook Jongeneel 1991, p. 42 e.v.
8 Hijma e.a. 2004, p. 291.

interactieve spelen aanbiedt en waarvoor een klant ook extra dient te betalen. Of de functies extra value en content zijn te beschouwen als kernbedingen is dus afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Tegenover de vier door de ISP te verrichten functies staat de door de wederpartij te betalen prijs. De prijs is ook een kernbeding van een ISP-overeenkomst. 'Abonnement' is een begrip dat niet voor komt in het BW.[9] Bij een abonnement is meestal sprake van vooruitbetaling van de prijs, dit geldt ook voor de meeste internetabonnementen. Echter, er zijn ISP's die gratis internet verschaffen.[10] Ook dan is de prijs, in dit geval nihil, te beschouwen als een kernbeding.

Concluderend kan worden gesteld dat de door de klant te betalen prijs en de door de ISP te verrichten functies access, hosting en op grond van de omstandigheden van het geval de functies extra value en content de kernbedingen van een ISP-overeenkomst zijn. Daarnaast kunnen de aspecten snelheid en hoeveelheid in samenhang met access en hosting ook kernbedingen zijn. Zo is een beding waarin access met een bepaalde snelheid ter beschikking wordt gesteld een kernbeding. Evenals een beding waarin voor het hosten van de website van de klant bijvoorbeeld 30 Mb ter beschikking wordt gesteld en het beding waaruit blijkt dat de klant op zijn e-mail-account zes e-mail-adressen kunnen worden verstrekt. Nu de kernbedingen van de ISP-overeenkomst duidelijk zijn geworden gaan wij verder met de toetsing van de inhoud van de algemene voorwaarden.

4.3 Algemene voorwaarden ISP-overeenkomsten

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat aan afdeling 6.5.3 'Algemene voorwaarden' drie doeleinden ten grondslag liggen.[11] In de eerste plaats bevat de afdeling regels die, voortbouwend op enige in de praktijk reeds ontwikkelde initiatieven, overleg tussen belanghebbenden over de inhoud van algemene voorwaarden stimuleren. Ten tweede beoogt de regeling een zo groot mogelijke mate van rechtszekerheid te bieden, zowel ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden als ten aanzien van de (on)geoorloofdheid van hun inhoud. In de derde plaats strekt zij ertoe de rechterlijke controle op de inhoud van algemene voorwaarden te versterken, ter bescherming van de personen jegens wie de algemene voorwaarden worden gebruikt. De gehele afdeling 6.5.3 is van dwingend recht.

---

9 Het begrip 'abonnement' wordt bijvoorbeeld wel gehanteerd in het Vrijstellingsbesluit WBP, art. 11. En in de TW wordt in art. 1.1 onder p het begrip 'abonnee' gehanteerd.

10 Gratis ISP's bestaan eigenlijk niet meer. Ze hebben allemaal nog wel een dienst die tegen lage of geen abonnementskosten toegang biedt, maar dan via de telefoontikken worden betaald. De meeste ISP's concentreren zich op ADSL.

11 *Parl. Gesch.* Inv. Boek 6, p. 1455.

4.3.1 Inhoud algemene voorwaarden onredelijk bezwarend

Bij het opstellen van overeenkomsten c.q. algemene voorwaarden staat de contractsvrijheid voorop.[12] Contractsvrijheid komt er op neer dat een ieder vrij is om overeenkomsten in welke vorm dan ook aan te gaan, met wie men maar wil, inhoudelijk naar eigen inzicht te bepalen.[13] Doorgaans bevatten algemene voorwaarden afwijkingen van wettelijke regels van aanvullend recht die tussen partijen gelden op grond van het feit dat zij een overeenkomst hebben gesloten, of regelen zij onderwerpen die voor de overeenkomst geldende wettelijke regelingen aanvullen. Algemene voorwaarden mogen niet onredelijk bezwarend zijn voor de wederpartij, zeker niet indien de wederpartij een consument is. Het gaat in afdeling 6.5.3 om de regeling van onredelijke algemene voorwaarden. Wat de inhoud van elektronische algemene voorwaarden betreft, hiervoor gelden geen andere regels dan offline het geval is.

Op grond van art. 6:233 BW kunnen algemene voorwaarden vernietigbaar zijn. Na de vernietiging van een beding in de algemene voorwaarden geldt deze rechtens – met terugwerkende kracht – als nietig. Partijen zijn er dus niet aan gebonden.[14] Het artikel verklaart een beding in algemene voorwaarden in twee gevallen vernietigbaar.[15] Ten eerste indien het beding, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijdse kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij (sub a). Ten tweede indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (sub b). Deze tweede mogelijkheid van vernietigbaarheid is in hoofdstuk 3 besproken bij de totstandkoming van ISP-overeenkomsten en komt in dit hoofdstuk verder niet aan de orde.[16] Aan de hand van het criterium 'onredelijk bezwarend' vindt de inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden plaats. 'Bezwarend' wil zeggen in enigerlei zin benadelend. 'Onredelijk' staat niet op zichzelf, maar heeft alleen betekenis als kwalificatie van – en dus in relatie tot – het bezwarende karakter. Aangezien het criterium onredelijk bezwarend een open norm is (vaag criterium) geeft de wet een aantal punten aan waarop moet worden gelet. Met deze invulling verschaft de wetgever weliswaar geen criteria die rechtstreeks tot een bepaalde

---

12 Zie *Parl. Gesch.* Inv. Boek 6, p. 919 en *Parl. Gesch.* Inv. Boek 7, p. 3.

13 Over contractsvrijheid zie Beekhuis 1953, Nieuwenhuis 1979, Feenstra & Ahsmann 1988 en Van Schaick 1994.

14 Afdeling 6.5.3 is niet van toepassing op kernbedingen. Betreft het echter een kernbeding waarop in verband met zijn onhelderheid afdeling 6.5.3 toch van toepassing is, dan kan de vernietiging in principe doorwerken naar de rest van de overeenkomst.

15 Art. 6:233 BW is een antwoord op art. 6:232 BW dat algemene voorwaarden snel toepasselijk acht in een overeenkomst.

16 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.7 'Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in ISP-overeenkomsten'.

uitkomst zouden voeren. Het gaat om vijf aanknopingspunten[17] die aanwijzingen (kunnen) opleveren die bij de oordeelsvorming over het onredelijk bezwarend zijn moeten worden betrokken. Deze aanknopingspunten maken duidelijk, dat de toetsing een bij uitstek concreet karakter heeft, waarbij alle feiten en omstandigheden van dat geval van gewicht kunnen zijn.[18]

4.3.1.1 Zwarte en grijze lijst

In de artt. 6:236 en 237 BW is een tweetal lijsten opgesteld, waarmee de open norm van art. 6:233 sub a BW van een nadere invulling wordt voorzien in de verhouding tot consumenten.[19] Voor de toepassing van de lijsten is het onverschillig of de gebruiker (degene die algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt, in dit geval de ISP) een natuurlijk persoon is of een rechtspersoon, en ook of hij al dan niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt. De artt. 6:236 en 237 BW scheppen zelf geen vernietigingsgrond, maar dienen in samenhang met het centrale art. 6:233 sub a BW te worden gelezen.

De zwarte lijst van art. 6:236 BW bevat bedingen die, indien opgenomen in algemene voorwaarden, door de wet als onredelijk bezwarend worden aangemerkt. Andere bedingen of omstandigheden worden daaraan ondergeschikt geacht. De in art. 6:236 BW neergelegde bedingen zijn per definitie onredelijk bezwarend. De lijst valt – ruw gezegd – in drie rubrieken uiteen. Zij vangt aan met een aantal bedingen waarin de rechten van de wederpartij c.q. de verplichtingen van de gebruiker worden beperkt ten opzichte van hetgeen uit de wet voortvloeit (art. 6:236 sub a-g BW). Dan volgen bedingen waarin de verplichtingen van de wederpartij c.q. de rechten van de gebruiker worden uitgebreid (art. 6:236 sub h-j BW). Ten slotte volgen enkele bedingen van andere aard (art. 6:236 sub k-n BW).

De grijze lijst van art. 6:237 BW wijkt op dit cruciale punt van de zwarte af, dat de vermelde bedingen niet als onredelijk bezwarend worden aangemerkt, maar slechts worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn. De woorden 'wordt vermoed' laten ruimte voor tegenbewijs. Het betreft hier een weerlegbaar vermoeden: indien de wederpartij zich op het onredelijk bezwarende karakter van een in art. 6:237 BW vermeld beding beroept, staat het de gebruiker vrij het bewijs te leveren, dat het beding de toetsing van art. 6:233 sub a BW kan doorstaan. Hierbij kunnen alle omstandigheden van het geval worden meegewogen. De lijst valt ook – ruw gezegd – in drie rubrieken uiteen. Zij vangt aan met een aantal bedingen waarin de rechten van de wederpartij c.q. de verplichtingen van de gebruiker worden beperkt ten opzichte van hetgeen

17 Zie opsomming in art. 6:233 sub a BW.
18 Hijma e.a. 2004, p. 299.
19 Bij het bepalen van een kernbeding kunnen de in de artt. 6:236 en 6:237 BW neergelegde lijsten als steun worden beschouwd in die zin dat de daarin opgenomen bedingen niet als kernbedingen zijn aan te merken.

uit de wet voortvloeit (art. 6:237 sub a-h BW). Dan volgen bedingen waarin de verplichtingen van de wederpartij c.q. de rechten van de gebruiker worden uitgebreid (art. 6:237 sub i-j BW). Ten slotte volgen enkele bedingen van andere aard (art. 6:237 sub k-n BW). Op de grijze lijst staat onder andere een beding vermeld dat de gebruiker geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding (sub f). Voor de praktijk is vooral dit sub f bedoelde beding van gewicht, dat het veelvuldig gemaakte exoneratiebeding in principe – tegenbewijs daargelaten – met vernietigbaarheid treft.[20]

4.3.1.2 Reflexwerking

Een ISP kan met verschillende soorten wederpartijen van doen hebben. Een internetgebruiker kan zijn een consument of een bedrijf. Er zijn daarom twee verschillende markten te onderscheiden waarop een ISP opereert. In het eerste geval is sprake van de *business to consumer* markt (B2C). De meeste klanten van een ISP zullen consumenten (particulieren) zijn en tot deze markt behoren. In het tweede geval is sprake van de *business to business* markt (B2B), waarin ook verschillende ISP's met elkaar kunnen contracteren. Op de B2B markt kan een onderscheid worden gemaakt tussen kleine wederpartijen en grote wederpartijen. Op deze markt zal het klantenbestand minder groot zijn aangezien een bedrijf vaak over internet servers beschikt die rechtstreeks in verbinding staan met een networkprovider. Het soort wederpartij heeft invloed op de mogelijkheden van de inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden.[21] In een B2B situatie kan sprake zijn van reflexwerking. Reflexwerking wil zeggen dat de rechter bij de toepassing van art. 6:233 sub a BW, de open norm, acht zal slaan op het feit dat dit beding in een consumentenovereenkomst 'zwart' of 'grijs' zou zijn.[22] Dit onderzoek gaat alleen in op de B2C markt. Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat sommige ISP's zowel voor de consumenten als voor de zakelijke klanten een zelfde pakket algemene voorwaarden hanteren.[23]

---

20 Exoneratiebedingen worden uitvoerig beschreven in hoofdstuk 6 ' Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten'.

21 Vaststellen met wat voor soort wederpartij een ISP van doen heeft: consument (artt. 6:236-237 BW); kleine wederpartij (reflexwerking artt. 6:236-237 jo. 6:233 BW); grote wederpartij (art. 6:235 lid 1 BW, reflexwerking artt. 6:236-237 jo. 6:248 BW). Op basis van het soort wederpartij kan vervolgens inhoudelijke toetsing van de algemene voorwaarden plaatsvinden op grond van: art. 6:233 sub a BW al dan niet in samenhang met de artt. 6:236-237 BW, art. 3:40 BW, art. 6:248 lid 2 BW.

22 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 13 januari 1994, *NJ-kort* 1994, 16 (Waterleidingbreuk) en Rb. Den Bosch 9 februari 2001, *NJ-kort* 2001, 19 (Atilla Service/Cafetaria le Marche). Zie ook HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 553 m.nt. G (Hooijen/Tilburgsche Hypotheekbank).

23 Van de vijftien onderzochte ISP's hanteren Compuserve, Demon en Chello algemene voorwaarden die specifiek voor consumenten gelden. Dell hanteert ook één pakket algemene voorwaarden voor consumenten en niet-consumenten. Zie Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT1762, (HCC/Dell), r.o. 8, waarin het hof stelt dat de onderhavige

4.3.2 De aard van de ISP-overeenkomst

Een beding in algemene voorwaarden kan vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de wederpartij gelet op de aard van de overeenkomst. Daarbij kan worden gekeken naar de vorm van de overeenkomst. Is bijvoorbeeld sprake van een bijzondere overeenkomst of van een gemengde overeenkomst. Verder kan men ter nadere bepaling van het element 'aard van de overeenkomst' denken aan de vraag of een overeenkomst een duurovereenkomst is of een éénmalige overeenkomst, aan het al dan niet obligatoire karakter van de overeenkomst of in wijder verband aan factoren als de structuur van de markt (bedrijfstak, branche en dergelijke) en de betekenis van bestaande gedragsregels en codes van de spelers in die markt bij vragen inzake totstandkoming, uitleg en afwikkeling van overeenkomsten.[24]

In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de juridische kwalificatie van de overeenkomst die klanten met ISP's sluiten. Eerst wordt bekeken of een ISP-overeenkomst kan worden gebracht onder een van de bijzondere overeenkomsten van Boek 7 BW. Daarnaast wordt onderzocht of het misschien een gemengde overeenkomst is of een overeenkomst waar alleen het algemene verbintenissenrecht op van toepassing is. Vervolgens wordt beoordeeld of sprake is van een duurovereenkomst, een éénmalige overeenkomst, een inspannings- of resultaatsverbintenis. Ten slotte wordt gekeken naar de structuur van de ISP-markt en het eventuele bestaan van gedragscodes.

4.3.2.1 Koopovereenkomst en huurovereenkomst

Koop is de overeenkomst waarbij de een (de verkoper) zich verbindt om een zaak of een vermogensrecht te geven, en de ander (de koper) om daarvoor een prijs in geld te betalen (artt. 7:1 jo. 7:47 BW). Titel 7.1 (artt. 7:1 t/m 7:48g BW) kent twee soorten koop: de koop in het algemeen en de consumentenkoop als bijzondere vorm daarvan. De omschrijving van de consumentenkoop is afkomstig uit afdeling 6.5.3 over algemene voorwaarden (artt. 6:236-238 BW aanhef). Een consumentenkoop is een koop met betrekking tot een roerende zaak tussen een verkoper, die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en een koper, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 7:5 lid 1 BW).

De vraag is nu of een ISP-overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een koopovereenkomst. In paragraaf 4.2 is duidelijk geworden dat de door de wederpartij te betalen prijs en de door de ISP te verrichten functies access, hosting en op grond van de omstandigheden van het geval de functies extra value en content de kernbedingen van een ISP-overeenkomst vormen. Onmis-

---

vordering slechts betrekking kan hebben op algemene voorwaarden die worden gebruikt of bestemd zijn te worden gebruikt in overeenkomsten met consumenten.

24 Zie Wessels e.a. 2002, p. 15-16.

kenbaar is dat deze functies door de ISP dienen te worden verricht (geleverd) en dat de klant daar een prijs voor dient te betalen. Voorzover het de prijs betreft, is daarmee voldaan aan de omschrijving van de koopovereenkomst. Echter, niet meteen duidelijk is of de functies access, hosting, extra value en content betrekking hebben op een zaak (art. 3:2 BW) of een vermogensrecht (art. 3:6 BW). Per onderscheiden functie wordt daarom ingegaan op de vraag of een zaak of vermogensrecht onderwerp van de overeenkomst uitmaakt.

Access en koopovereenkomst

Om internettoegang te kunnen verkrijgen dient een klant te beschikken over software en een modem. Het modem, een roerende zaak, moet meestal door een consument worden gekocht. Daarnaast hebben wij in hoofdstuk 3 gezien dat het mogelijk is een internetabonnement af te sluiten door een starterspakket (cd-rom) te kopen en zich daarmee aan te melden bij een ISP. Het modem respectievelijk het pakket dienen door de ISP te worden geleverd, en de klant moet daarvoor een prijs betalen. Het hoeft echter niet zo te zijn dat het modem door de ISP wordt verstrekt.

Toegang tot het systeem van de ISP en vervolgens toegang tot het internet wordt mogelijk gemaakt met behulp van software waarop de klant van de ISP een licentie verkrijgt voor de duur van de overeenkomst. Het betreft met name communicatiesoftware voor het maken van verbinding met het systeem van de ISP en software om gebruik te kunnen maken van diverse toepassingen van het internet (WWW, e-mail).[25] Een licentie is toestemming van een octrooihouder, auteursrechthebbende of merkenrechthebbende verleend aan anderen om van een aan hem toekomend octrooirecht, auteursrecht of merkenrecht geheel of gedeeltelijk gebruik te maken tegen vergoeding van een bepaald bedrag.[26] Het uitgeven van licenties is gebruikelijk voor software, een ISP is hiertoe alleen bevoegd indien hij zelf auteursrechthebbende op de software is. Is de ISP dit niet dan is bijvoorbeeld de softwareleverancier auteursrechthebbende en de aangewezen persoon om tot het geven van een licentie (in dit geval aan de ISP) over te gaan. Bij een ISP-overeenkomst is sprake van een auteursrechtlicentie die inhoudt dat de ene partij, de licentiegever, (onder bepaalde voorwaarden) contractueel zijn toestemming verleent aan zijn wederpartij, de licentienemer, om bepaalde openbaarmakings- en/of verveelvoudi-

25 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel J. Intellectuele eigendomsrechten. In veel gevallen zal deze software onderdeel uitmaken van de windows applicatie en daardoor niet door de ISP maar door Microsoft geleverd worden. Datgene dat de ISP dan nog levert heeft alleen tot doel om de Microsoft software zo te configureren dat communicatie met de servers van de ISP mogelijk is.

26 Voor algemene literatuur over licenties verwijs ik naar Lenselink 2005, p. 154-211, Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 435-444 en Van Lingen 2002, p. 180-183.

gingshandelingen met betrekking tot het onderliggende auteursrechtelijk beschermde werk, in casu de software, te verrichten.[27]

De software-licentie overeenkomst kan worden aangemerkt als een bijzonder soort auteursrechtlicentie overeenkomst.[28] Het is een afspraak die bedoeld is om het kader te scheppen waarbinnen het gebruik van die bepaalde software al dan niet is toegestaan. Voor wat betreft de aanschaf van software is er onderscheid te maken tussen de situatie dat de software wel en dat deze niet op een gegevensdrager wordt aangeleverd.[29] Het betreft bij access toepassingssoftware, die op een drager (cd-rom) is neergelegd en dient te worden gebruikt op een computer van de klant. De software kent dan enerzijds een stoffelijke c.q. tastbare kant, de gegevensdrager, waarin de programmatuur is belichaamd, en anderzijds een virtuele kant, het programma als zodanig.[30] Wat betreft het verlenen van rechten op de drager heb ik hierboven opgemerkt dat daaromtrent sprake is van een koopovereenkomst. Wat betreft het verlenen van rechten op het programma als zodanig zou sprake kunnen zijn van koop van vermogensrechten (art. 7:47 BW). Vermogensrechten zijn rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel (art. 3:6 BW). In het systeem van het BW zijn auteursrechten goederen (art. 3:1 BW). Het zijn geen zaken omdat ze niet stoffelijk zijn, maar vermogensrechten. Naar het systeem van het BW is een licentie een vorderingsrecht.[31]

Belangrijk is het om hier het verschil weer te geven tussen overdracht van een auteursrecht en een licentie op een auteursrecht om vervolgens een kwalifi-

---

27 ISP @Home heeft een licentieovereenkomst voor eindgebruikers van de @Home network software opgesteld. Deze overeenkomst is naast de algemene voorwaarden van toepassing, een actuele versie is te vinden op <www.home.nl/licentie>. De licentie heeft betrekking op de voorwaarden die van toepassing zijn op het gebruik van de @Home network software. 'De software is eigendom van At Home Corporation, gevestigd te Delaware in de Verenigde Staten of zijn toeleveranciers. At Home Corporation heeft @Home Benelux een licentie verstrekt voor het gebruik van de software. De software wordt aan de gebruiker ter beschikking gesteld door @Home Benelux B.V. @Home verstrekt de gebruiker een niet-exclusieve niet-overdraagbare licentie voor het gebruik van de software en de daarbij behorende documentatie. Het toegestane gebruik omvat: de installatie van het gebruik van de software op één of meerdere computer(s) die is/zijn aangesloten op de service en zich bevinden op dezelfde locatie; en het maken van één kopie van de software ten behoeve van archivering en back-up, onder de voorwaarde dat alle vermeldingen met betrekking tot auteurs- en andere intellectuele eigendomsrechten en alle verwijzingen naar @Home worden overgenomen.'

28 Thole 1991, p. 158.

29 Hoeren 1989, p. 21-22, zie ook Thole 1991, p. 162.

30 Daarbij ga ik er van uit dat er één gebruiker van de software bij de aanschaf betrokken is, bij een bedrijf kunnen ook meerdere gebruikers bij de aanschaf van de software betrokken zijn, deze situatie laat ik hier verder buiten beschouwing. Ook ga ik ervan uit dat de software auteursrechterlijk beschermd is, dat hoeft niet altijd het geval te zijn. Zie ook Siemerink 2002 B, p. 90-91.

31 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 436-438.

catie van de licentie-overeenkomst te geven. Overdracht, waarvoor een akte vereist is, brengt mee dat de overdragende auteur zijn (exploitatie-)auteursrecht verliest, terwijl zijn wederpartij dat recht verkrijgt: deze komt als auteursrechthebbende in plaats van de auteur. In geval van een licentie blijft de auteur 'eigenaar' van het auteursrecht, maar geeft hij een ander toestemming om bepaalde openbaarmakings- of verveelvoudigingshandelingen te verrichten. Een licentie vereist niet per se een akte.[32] Zowel bij overdracht van een auteursrecht als bij licentiëring zullen de partijen nadere voorwaarden overeenkomen met betrekking tot de exploitatie van het werk.

Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat de meeste ISP's een niet-exclusief en niet-overdraagbaar gebruiksrecht verlenen op software voor de duur van de ISP-overeenkomst.[33] In het geval van een exclusieve licentie verkrijgt de wederpartij toestemming tot de overeengekomen openbaarmakings- en verveelvoudigingshandelingen waarbij de licentiegever zich verbindt om geen concurrerende bevoegdheden aan een ander te verlenen. In geval van een niet-exclusieve licentie verkrijgt de wederpartij niets anders dan toestemming, zonder dat de licentiegever zijn bevoegdheden verder beperkt.[34] De exclusieve licentie is een duidelijk alternatief voor de overdracht van een (deel van) het auteursrecht. De niet-exclusieve licentie heeft een andere strekking: dit is de rechtsfiguur die – anders dan overdracht van auteursrecht – geëigend is voor het verlenen van bevoegdheden aan gebruikers die niet zelf het auteursrecht als zodanig willen exploiteren, doch slechts eenmalig, tijdelijk en/of naast anderen van het werk gebruik willen maken. Indien sprake is van een niet-exclusieve licentie waarbij de klant niets anders verkrijgt dan toestemming tot gebruikmaking van de software voor een bepaalde tijdsduur, in de regel tegen betaling, is er geen sprake van koop. De wederpartij krijgt slechts een gebruiksrecht op de software voor een bepaalde duur.

Access en huurovereenkomst

Een huurovereenkomst heeft betrekking op het verstrekken van het gebruik van een goed, artt. 7:201-231 BW. Indien het gebruik van een kabelmodem die eigendom blijft van de ISP onderdeel uitmaakt van een ISP-overeenkomst kan dit als een huurovereenkomst worden gekwalificeerd.

Hosting en extra value

In geval van hosting en extra value is geen sprake van zaken of vermogensrechten. Onderdelen van een ISP-overeenkomst die betrekking hebben op de functie hosting dan wel extra value kunnen daarom niet worden gekwalificeerd als een koopovereenkomst of huurovereenkomst.

---

32 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 438-443.
33 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel J. Intellectuele eigendomsrechten.
34 Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 436.

Content
Wanneer een ISP door de functie content uit te oefenen software verstrekt, die door een klant van de website van de ISP kan worden gedownload, is er geen sprake van een koopovereenkomst. Dit is wel het geval wanneer de klant tegen betaling een cd-rom of andersoortige drager krijgt toegezonden. Dan koopt hij de drager en krijgt hij het gebruiksrecht op de software erbij. Software kan worden geleverd zonder dat daar een drager aan te pas komt. Dat is bijvoorbeeld het geval indien software elektronisch wordt verzonden, zoals via de website van de ISP. Dan gaat het om een recht van niet-exclusieve licentie dat enkel betrekking heeft op het gebruik maken van de software. Bij het uitoefenen van de functie content zoals hier omschreven is daarom geen sprake van een koopovereenkomst of huurovereenkomst.

Concluderend kan worden gesteld dat een ISP-overeenkomst geen koopovereenkomst is. Bepaalde onderdelen van een ISP-overeenkomst die betrekking hebben op de functie access waar het gaat om de overdracht van de drager kunnen wel worden gekwalificeerd als een koopovereenkomst. Indien de klant een consument is, is er in die gevallen sprake van een consumentenkoop ten aanzien van bijvoorbeeld een modem en een cd-rom met toegangssoftware.[35] Een niet-exclusieve licentie op software kan echter niet worden gekwalificeerd als een koopovereenkomst. Bij gebruik van een kabelmodem kan sprake zijn van een huurovereenkomst.

4.3.2.2 Overeenkomst van opdracht

De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken (art. 7:400 lid 1 BW). De overeenkomst van opdracht is algemeen en summier geregeld in de artt. 7:400-413 BW. Daarna volgen wettelijke regelingen van enkele gekwalificeerde overeenkomsten van opdracht: lastgeving, bemiddelingsovereenkomst, agentuurovereenkomst en geneeskundige behandelingsovereenkomst.[36]

Wij willen bezien of een ISP-overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht.[37] Het 'verrichten van werkzaamheden' moet

35 Dat een bepaalde koopovereenkomst kan worden gekwalificeerd als een consumentenkoop, heeft tweeërlei rechtsgevolgen. Ten eerste is op de consumentenkoop een aantal bijzondere bepalingen van toepassing, die de woorden 'bij een consumentenkoop' bevatten. Ten tweede is volgens art. 7:6 BW de kooptitel met enige beperkingen van dwingend recht.

36 Op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (artt. 7:446-468 BW) zal ik niet ingaan, omdat duidelijk is dat deze niet van toepassing is op de ISP-overeenkomst.

37 Zie De Vries 2006.

ruim worden opgevat. De Parlementaire Geschiedenis spreekt in dit verband over 'dienstverlening in enigerlei vorm'.[38] Aangenomen wordt dat hieronder niet alleen feitelijke handelingen maar ook rechtshandelingen worden begrepen. Als voorbeelden van overeenkomsten van opdracht worden genoemd overeenkomsten met veilinghouders en makelaars, overeenkomsten met een gids of een incassobureau, alsmede computeropdrachtovereenkomsten.[39] Deze ruime opvatting van 'verrichten van werkzaamheden' brengt mee dat een ISP-overeenkomst als een overeenkomst van opdracht kan worden gekwalificeerd. De vier functies kunnen worden onderscheiden als de werkzaamheden van een ISP waarbij deze als de opdrachtnemer geldt en de klant als de opdrachtgever.

Wij moeten vervolgens bezien of er sprake is van een gekwalificeerde vorm van een overeenkomst van opdracht.[40] Dit is van belang, omdat als de overeenkomst onder één van de kwalificaties valt extra bepalingen op de overeenkomst van toepassing zijn.

Lastgeving

De overeenkomst van lastgeving is geregeld in de artt. 7:414-424 BW. Het gaat om de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de lasthebber, zich jegens de andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten (art. 7:414 lid 1 BW). Dat de lasthebber de rechtshandelingen verricht voor rekening van de lastgever, betekent dat de economische gevolgen van de rechtshandeling voor de lastgever zijn. Een ISP-overeenkomst is geen overeenkomst van lastgeving omdat de ISP zich niet jegens een klant verbindt om rechtshandelingen te verrichten voor rekening van de klant en hij ook niet met de klant heeft afgesproken dat de economische gevolgen voor rekening van de klant komen.

Bemiddelingsovereenkomst en agentuurovereenkomst

Een tweede vorm is de bemiddelingsovereenkomst die is geregeld in de artt. 7:425-427 BW. De bemiddelingsovereenkomst is de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich tegenover de andere partij, de opdrachtgever, verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden (art. 7:425 BW). Voorbeelden van een bemiddelaar zijn de makelaar, de veilinghouder en het relatiebemiddelingsbureau. Een bijzondere vorm van de bemiddelingsovereenkomst is de agentuurovereenkomst die is geregeld in de artt. 7:428-445 BW. Deze betreft een overeenkomst waarbij de ene partij, de principaal, aan de andere partij, de handelsagent, opdraagt, en deze zich verbindt, voor een bepaalde of een onbepaalde tijd en tegen beloning bij de totstandkoming van overeenkomsten bemiddeling te verlenen, en deze

38 *Parl. Gesch.* Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 306 e.v.
39 *Parl. Gesch.* Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 320 e.v.
40 Zie ook Girot 2001, p. 211-213.

eventueel op naam en voor rekening van de principaal te sluiten zonder aan deze ondergeschikt te zijn (art. 7:428 lid 1 BW). Bijzonder voor de agentuurovereenkomst ten opzichte van de bemiddelingsovereenkomst is dat de handelsagent in een vaste betrekking dient te staan tot de principaal.

Een ISP-overeenkomst zou een bemiddelingsovereenkomst kunnen zijn met betrekking tot ADSL-verbindingen en breedbandinternet (access) waarbij naast de diensten van de ISP gebruik wordt gemaakt van diensten van derden. In de praktijk sluit de klant echter veelal naast de ISP-overeenkomst een overeenkomst met een derde; hij sluit dus twee overeenkomsten.[41] Van bemiddeling door de ISP kan sprake zijn bij het totstandkomen van de overeenkomst tussen de klant en een derde, maar waarschijnlijk is dit niet omdat een klant veelal geen keuze heeft. Sluit de klant de overeenkomst met de derde niet dan kan hij niet beschikken over een breedband of ADSL-verbinding bij de betreffende ISP. Indien klanten naast de ISP-overeenkomst een overeenkomst met een derde moeten sluiten om van breedbandinternet of een ADSL-verbinding gebruik te kunnen maken is er zeker geen sprake van een agentuurovereenkomst, aangezien de ISP niet in vaste betrekking staat tot de principaal (klant). Van een bemiddelingsovereenkomst zou wel sprake kunnen zijn bij de functie extra value. Bijvoorbeeld indien de ISP bemiddelt tussen de Stichting Internet Domeinnaamregistratie Nederland (SIDN) en een klant om de klant een domeinnaam te verschaffen.[42] Er is echter geen sprake van een daadwerkelijke bemiddelingsovereenkomst, want daarvoor is vereist dat de ISP zich jegens de klant verbindt om tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het totstandkomen van een overeenkomst tussen de desbetreffende klant en derden.

Concluderend kan worden gesteld dat een ISP-overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht. Een klant geeft de ISP opdracht tot het verrichten van access, hosting, extra value en/of content. Een ISP-overeenkomst is geen gekwalificeerde overeenkomst van opdracht zoals lastgeving, een bemiddelingsovereenkomst of een agentuurovereenkomst.

4.3.2.3 Gemengde overeenkomst

Gemengde overeenkomsten zijn die overeenkomsten, die typische kenmerken van twee of meer bijzondere overeenkomsten vertonen (art. 6:215 BW). Wij hebben vastgesteld dat een ISP-overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht en daarnaast elementen van koop en huur in zich kan hebben. Dit is onder meer afhankelijk van welke functie een ISP uitoefent. Een ISP-overeenkomst vertoont dus geen typische kenmerken van twee of meer bijzondere overeenkomsten maar slechts van één bijzondere

41 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Diensten van derden'.

42 Zie <www.sidn.nl> en Wefers Bettink 2000.

overeenkomst. De overeenkomst van opdracht overheerst duidelijk, van een koopovereenkomst of huurovereenkomst is slechts sprake met betrekking tot kleine onderdelen van de ISP-overeenkomst. Ook al is de overeenkomst van opdracht duidelijk overheersend, toch is sprake van een gemengde overeenkomst, waarbij dus het accent ligt bij de overeenkomst van opdracht. Het merkwaardige zit hem daarin dat een koopovereenkomst en/of een huurovereenkomst een wezenlijk onderdeel kan/kunnen uitmaken van de overeenkomst van opdracht. Zonder modem of software kan een internetverbinding immers niet tot stand komen en kunnen de diensten niet door de ISP aan de klant worden verleend. Het hoeft echter niet zo te zijn dat het modem door de ISP wordt verstrekt. De koop- dan wel huurovereenkomst met betrekking tot het modem dient dan afzonderlijk te worden beschouwd van de ISP-overeenkomst. De wetsbepalingen betreffende de verschillende in de ISP-overeenkomst besloten bijzondere overeenkomsten kunnen naast elkaar op de overeenkomst worden toegepast waarbij de overeenkomst van opdracht echter overheersend zal zijn.[43]

Bij de overeenkomst van opdracht gaat het om regelend recht, met enkele dwingend rechtelijke uitzonderingen voor het geval dat de opdrachtgever een consument is (art. 7:413 lid 1-2 BW). Hieronder wordt de rechtsverhouding opdrachtgever-opdrachtnemer, c.q klant-ISP beschreven aan de hand van de wettelijke verplichtingen die de opdrachtgever en opdrachtnemer worden opgelegd.

Verplichtingen van de opdrachtnemer: de ISP

In de artt. 7:401-404 BW wordt een aantal algemene verplichtingen van de opdrachtnemer, de ISP, genoemd. De ISP moet ten eerste bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (art. 7:401 BW).[44] Wat dat concreet betekent hangt af van de omstandigheden van het geval. Daartoe dient allereerst te worden nagegaan tot welke werkzaamheden (access, hosting, extra value, content) hij precies verplicht is. De ISP moet zijn diensten jegens de klant verrichten naar de normen die in het maatschappelijk verkeer tussen ISP's en klanten gebruikelijk zijn. Van belang daarbij is wat de ISP en de klant van elkaar mogen verwachten (redelijkheid en billijkheid). In de literatuur wordt verdedigd dat het feit dat de opdrachtnemer (ISP) om niet handelt, een omstandigheid is die van invloed kan zijn op de zorgplicht van de opdrachtnemer.[45] De Hoge Raad stelt bij de zorgplicht van een opdracht-

43 In art. 6:215 BW wordt gekozen voor de cumulatie-theorie met de mogelijkheid voor een sui-generis benadering. De cumulatie-theorie meent, dat in beginsel de regels van alle bijzondere overeenkomsten die in de gemengde overeenkomst vertegenwoordigd zijn naast elkaar dienen te worden toegepast.

44 Uit het praktijkonderzoek in de bijlage 'Een beeld van ISP-overeenkomsten' blijkt dat een ISP zich tegenover zijn klant verplicht te gedragen als een 'goed dienstverlener'. Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

45 *Parl. Gesch*, Inv. Boek 7, p. 323.

nemer de vraag centraal of de opdrachtnemer als een redelijk bekwaam vakgenoot heeft gehandeld en als een redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan.[46] De ISP dient daarom als een redelijk bekwaam provider te handelen en te werk te gaan. De rechtsverhouding tussen ISP en klant wordt onder andere gekenmerkt door de verplichting van de ISP om internetgebruik op ieder gewenst moment mogelijk te maken en daarvoor het nodige onderhoud te verrichten aan zijn systeem. Het beheren, onderhouden en eventueel uitbreiden van het systeem brengt voor de ISP werkzaamheden met zich mee. Voor de klant is belangrijk dat hij gebruik kan maken van het internet, en wel op het moment dat hij er om vraagt. Het beginsel van beschikbaarheid staat hierbij centraal.

Ten tweede is de ISP gehouden gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht (art. 7:402 lid 1 BW). De diensten van de ISP worden verricht ten behoeve van de klant. De klant is daarom bevoegd om ook na de totstandkoming van de overeenkomst aanwijzingen te geven omtrent de uitvoering van zijn opdracht. Hoever deze bevoegdheid in de praktijk gaat, zal afhangen van de aard van de overeenkomst. In de ene opdrachtverhouding zal deze bevoegdheid verder gaan dan in de andere. De aanwijzingen dienen binnen het kader van de opdracht te blijven en deze dienen tijdig te worden gegeven, zodat de opdrachtnemer de mogelijkheid krijgt die op te volgen. De aard van de overeenkomst kan meebrengen dat er geen nadere aanwijzingen mogen worden gegeven. De bepaling is van regelend recht, zodat in de overeenkomst de instructiebevoegdheid van de opdrachtgever kan worden uitgesloten of beperkt. De opdrachtnemer kan een niet-tijdige of onverantwoorde aanwijzing naast zich neer leggen. Hij dient te handelen als een persoon met een gezond inzicht en begrip voor de situatie en hij mag geen aanwijzingen opvolgen die tot een averechts resultaat leiden. Bovendien kan de opdrachtnemer de overeenkomst opzeggen indien hij op redelijke grond niet bereid is de opdracht volgens de instructies van de opdrachtgever uit te voeren (art. 7:402 lid 2 BW).[47] Bij de dienstverlening van een ISP gaat het te ver indien de klant de ISP ook technische instructies gaat geven.

De ISP moet ten derde de klant op de hoogte houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht en hem onverwijld in kennis stellen van de voltooiing van de opdracht, indien de klant daarvan onkundig is (art. 7:403 lid 1 BW). De ISP dient uit zichzelf inlichtingen aan de klant te verschaffen, indien hij dat nodig acht om de klant een juist inzicht in de stand van zaken te geven. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om inlichtingen over onderhoud van het systeem of het wijzigen van de dienst(en).[48] De klant heeft bij zijn dienstverlening recht op informatie van de ISP en mag daar ook om vragen als hij

46 HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 460, r.o. 3.3.
47 Zie hoofdstuk 5 paragraaf 5.2.1 'Opzegging'.
48 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel L. Diensten en beheer.

de ISP daarbij niet onredelijk belast. Van voltooiing van een opdracht kan sprake zijn bij de functie extra value, bijvoorbeeld het ontwerpen en installeren van een website. Bij de andere functies zal de opdracht voortduren.

Ten vierde doet de ISP aan de klant verantwoording van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten. Heeft hij bij de uitvoering van de opdracht ten laste van de klant gelden uitgegeven of te diens behoeve gelden ontvangen, dan doet hij daarvan rekening (art. 7:403 lid 2 BW). De ISP moet verklaren waarom hij op een bepaalde wijze te werk is gegaan en ook dat hij daardoor het best haalbare resultaat voor de klant heeft bereikt. Hoever de verantwoordingsplicht strekt, hangt af van onder andere de aard van de opdracht en de deskundigheid van de ISP. De aard van de werkzaamheden van een ISP brengen mee dat de ISP zich niet jegens de klant hoeft te verantwoorden waarom hij op een bepaalde wijze te werk is gegaan. Met betrekking tot access verschaffen aan de klant is bijvoorbeeld weinig te melden over de vraag waarom de ISP op een bepaalde wijze te werk is gegaan en daardoor het beste resultaat heeft bereikt. De ISP hoeft in het algemeen geen verantwoording aan de klant af te leggen over de technische aspecten van de dienstverlening. Echter, wat veiligheid betreft, draagt de ISP wel een zekere verantwoordelijkheid. De zorgplicht van een ISP brengt mee dat hij voldoende maatregelen moet nemen om te voorkomen dat de PC van zijn klant wordt geïnfecteerd door een virus, of te zorgen dat wanneer de PC van zijn klant is geïnfecteerd hij dit zo gauw mogelijk weer ongedaan kan maken. Dit kan een ISP bijvoorbeeld doen door gratis anti-virussoftware ter beschikking te stellen, klanten voor te lichten of een abuse beleid te hanteren.

De ISP oefent niet in alle gevallen de opdracht zelf uit. Content, of breedbandinternet biedt de ISP bijvoorbeeld vaak in samenwerking met een derde aan. In het geval de ISP de opdracht door een derde laat uitvoeren, is hij voor die derde aansprakelijk op grond van art. 6:76 BW. Daarnaast is een ISP voor het leveren van diensten aan klanten afhankelijk van de networkprovider waarmee hij een overeenkomst heeft gesloten. Networkproviders zijn verantwoordelijk voor de exploitatie van de infrastructuur waarover de informatie van het internet wordt uitgewisseld. Voor het verrichten van hun werkzaamheden zijn ISP's afhankelijk van networkproviders, aangezien ISP's de exploitatie van de infrastructuur van het internet niet zelf kunnen verrichten. Art. 6:171 BW vestigt een risicoaansprakelijkheid voor fouten van niet-ondergeschikten, aan wie men de zorg voor bepaalde bedrijfsgerelateerde werkzaamheden heeft uitbesteed dan wel overgelaten. Voor de benadeelde mag het in beginsel geen verschil uitmaken of de schade die hij lijdt nu wel of niet door een ondergeschikte van de ISP is toegebracht en de benadeelde wordt zo niet belast met het achterhalen van de exacte arbeidsverhoudingen. De Hoge Raad stelt een restrictieve uitleg van art. 6:171 BW voorop en eist een zekere eenheid van onderneming van de opdrachtnemer en degene die zich voor de werkzaam-

heden inzet.[49] Indien geen sprake is van een zekere eenheid, houdt dit in dat de schade niet behoort tot de risicosfeer van de opdrachtgever. Voor de ISP betekent dit dat hij aansprakelijk kan zijn tegenover zijn klant voor fouten van de networkprovider, aangezien er sprake kan zijn van een zekere eenheid tussen ISP en networkprovider. Een beperking van aansprakelijkheid tot de *core business* van de ISP ligt niet voor de hand.[50]

Verplichtingen van de opdrachtgever: de klant

In de artt. 7:405-406 BW wordt een aantal algemene verplichtingen van de opdrachtgever, de klant, genoemd. Ten eerste is de klant, indien de overeenkomst door de ISP in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, loon aan hem verschuldigd (art. 7:405 lid 1 BW). Het is niet gebruikelijk dat een klant, zeker niet indien die klant een consument is, loon aan een ISP betaalt. De klant zal in het algemeen een abonnementsbedrag aan de ISP betalen.[51] In het abonnementsgeld zal het loon van de ISP verdisconteerd zijn. Uit de overeenkomst kan blijken dat de klant geen abonnementsgeld aan de ISP verschuldigd is, zoals bij gratis ISP's. Bij een abonnement van een ISP betaalt de klant meestal voor een periode waarbij hij onbeperkt kan inloggen bij een ISP en waarbij hij onbeperkt van de diensten van de ISP gebruik kan maken. De ISP heeft in beginsel de volledige vrijheid om de hoogte van de prijs van het abonnement te bepalen (art. 7:405 lid 2 BW). Over het algemeen biedt de ISP een standaarddienstenpakket aan waaraan een standaardprijs is verbonden.[52]

Ten tweede moet de klant aan de ISP de onkosten verbonden aan de uitvoering van de opdracht vergoeden, voorzover deze niet in het loon zijn inbegrepen (art. 7:406 lid 1 BW). Onder onkosten worden hier verstaan, kosten die in het kader van de uitvoering van de opdracht redelijk verantwoord zijn. Dergelijke kosten dient de klant apart te betalen, voorzover deze kosten niet in het abonnementsbedrag zijn inbegrepen. Hierbij kan worden gedacht aan telefoonkosten die een klant dient te maken indien hij gebruik wil maken van de helpdesk van de ISP. Deze telefoonkosten zijn niet in de abonnementprijs verdisconteerd. De belminuten die moeten worden gemaakt om uiteindelijk een medewerker van de helpdesk van de betreffende ISP aan de lijn te krijgen zijn vaak lang en duur. Het is de vraag of dan nog sprake is van passende kosten. Met name de kosten voor de functie extra value zullen niet in de abonnementprijs verdisconteerd zijn. De ISP dient bij het maken van de onkosten met voorzichtigheid en beleid te handelen. Hij kan slechts aanspraak maken op kosten die voor een goede uitvoering van de overeenkomst passend zijn.

49 HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 75 (Delfland/Stoeterij), zie ook Hartlief en Tjittes 2002.
50 Zie ook Hartlief en Tjittes 2002.
51 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen' onderdeel D. Vergoedingen en betalingen.
52 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.2 'Een beeld van de praktijk' en paragraaf 3.3.1 'Aanbod ISP'.

Ten derde moet de klant de ISP de schade vergoeden die deze lijdt ten gevolge van de door hem niet toe te rekenen verwezenlijking van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar. Heeft de ISP in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf gehandeld, dan geldt de vorige zin slechts, indien dat gevaar de risico's die de uitoefening van het beroep of bedrijf naar zijn aard meebrengt, te buiten gaat. Geschiedt de uitvoering van de opdracht anderszins tegen loon, dan is de eerste zin slechts van toepassing, indien bij de vaststelling van het loon met het gevaar geen rekening is gehouden (art. 7:406 lid 2 BW). Een klant hoeft alleen die schade aan de ISP te vergoeden, die verband houdt met het bijzondere gevaar dat aan een opdracht verwezenlijkt is. De verwezenlijking van het risico mag niet te wijten zijn aan de schuld van de ISP of aan een oorzaak die voor zijn rekening komt. Schade bij het verrichten van een dienst zal alleen voor vergoeding in aanmerking komen, indien de opdracht dat risico schiep.

Concluderend kan worden gesteld dat de definitie van de overeenkomst van opdracht voldoet en de ISP-overeenkomst zodoende kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht. De uitwerkingsbepalingen van de overeenkomst van opdracht, die nogal specifiek zijn, zijn weinig relevant voor de ISP-overeenkomst. De kwalificatie van de ISP-overeenkomst als overeenkomst van opdracht doet daar echter niets aan af.

4.3.2.4 Duurovereenkomst

Er zijn overeenkomsten die verbintenissen in het leven roepen, waaraan door een enkele prestatie kan worden voldaan en die daarmee hun einde vinden.[53] Daarnaast zijn er overeenkomsten die één of beide partijen verplichten tot opeenvolgende dan wel voortdurende prestaties. Deze laatste overeenkomsten worden ook wel duurovereenkomsten genoemd, die een duurverbintenis in het leven roepen.[54] Wij spreken van een duurverbintenis indien de krachtens de verbintenis verschuldigde prestatie blijft bestaan, ondanks dat de tijd verstrijkt. Duurovereenkomsten worden met het oog op hun einde onderscheiden in overeenkomsten die voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd zijn aangegaan. Het onderscheid is van ondergeschikt belang voor de keuze van toe te passen rechtsregels, maar kan toch van invloed zijn op de wijze van toepassen. Veel regels van overeenkomstenrecht zijn namelijk geschreven voor overeenkomsten van voorbijgaande aard en gaan wringen bij toepassing op duurovereenkomsten. De onderscheiding is vooral van belang voor de opzegging en ontbinding van de overeenkomst, waaraan in hoofdstuk 5 aandacht

53 Ook bij overeenkomsten die een voorbijgaande verbintenis in het leven roepen, kunnen na vervulling van de prestatie bijkomende verplichtingen overblijven tengevolge waarvan een zekere rechtsverhouding blijft bestaan.

54 De Vries 1990, p. 249.

wordt besteed.[55] Daarnaast is het onderscheid van belang in geval van gewijzigde omstandigheden.

Een ISP-overeenkomst is per definitie een duurovereenkomst, het is immers een overeenkomst die voor langere tijd (meestal een jaar, met 'stilzwijgende' verlenging) wordt aangegaan.[56] Binnen die tijd kan er van alles voorvallen en kunnen omstandigheden veranderen. Aan het naleven van zorgvuldigheidsnormen tegenover de wederpartij worden in een duurverhouding strengere eisen gesteld. Men kent de situatie aan de zijde van de andere partij beter dan in een voorbijgaande overeenkomst, en dat kan verplichtingen scheppen, bijvoorbeeld om diens schade te beperken of informatie te geven.[57] Een duurovereenkomst wordt gekenmerkt door een relatief lange periode van nakoming. Dat brengt mee dat de overeenkomst moet kunnen worden aangepast aan gewijzigde omstandigheden. Het feit dat de ISP-overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een duurovereenkomst brengt met betrekking tot de prijs met zich mee dat de ISP een bepaling in zijn algemene voorwaarden zal opnemen die hem de bevoegdheid geeft om de tarieven van tijd tot tijd aan te passen.[58] Een dergelijke bepaling zal minder snel onredelijk zijn dan het geval is bij een overeenkomst van voorbijgaande aard. Met betrekking tot de functies access en hosting zal de ISP een bepaling in zijn algemene voorwaarden opnemen die hem de bevoegdheid geeft tot het beperken en onderbreken van de levering van internet via het netwerk van de ISP in het belang van onderhoudswerkzaamheden die moeten worden uitgevoerd.[59] Ook de belangen van andere klanten en het algemeen belang kunnen onder omstandigheden meebrengen dat de levering moet worden onderbroken om werkzaamheden ter vergroting van de capaciteit uit te voeren. Dat een contractuele bevoegdheid tot onderbreking van de levering in de ISP-overeenkomst is opgenomen, volgt uit de aard van de overeenkomst. De reikwijdte van deze contractuele bevoegdheid kan echter wel worden getoetst. Daarnaast zal een ISP een bepaling in zijn algemene voorwaarden opnemen waarin de (stilzwijgende) verlenging van de overeenkomst is geregeld.[60]

Indien de overeenkomst inhoudelijk dient te worden aangepast met betrekking tot gewijzigde omstandigheden, betreft het een wijziging van de algemene voorwaarden. Zo zullen algemene voorwaarden van ISP's aan de techniek moeten worden aangepast. Indien de klant bij het totstandkomen van de ISP-overeenkomst bepaalde algemene voorwaarden heeft aanvaard, kunnen deze algemene voorwaarden tijdens de duur van de ISP-overeenkomst door de ISP

55 Zie hoofdstuk 5 'Beëindiging van ISP-overeenkomsten'.
56 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen' onderdeel C. Duur en beëindiging.
57 Van Dunné 2004, p. 22.
58 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen' onderdeel D. Vergoedingen en betalingen.
59 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel L. Diensten en beheer onder 'Beheer'.
60 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen' onderdeel C. Duur en beëindiging.

meerdere malen worden gewijzigd. Er kunnen dan problemen rijzen over welke algemene voorwaarden van toepassing zijn.[61]

De gang van zaken in de praktijk is dat de algemene voorwaarden worden gewijzigd en dat de desbetreffende wijziging aan de klanten wordt medegedeeld. Planet internet bericht bijvoorbeeld als volgt over een wijziging van haar algemene voorwaarden in het Planet Magazine dat klanten eens in de zoveel tijd wordt toegestuurd:

> 'De algemene voorwaarden van Planet Internet zijn gewijzigd. Dit heeft te maken met de komst van ADSL-diensten en met het in gebruik nemen van het nieuwe netwerk door Planet Internet. De belangrijkste wijzigingen in de algemene voorwaarden hebben betrekking op artikel 13 "vergoedingen en betalingen". De internettikken worden – na overschakeling op het nieuwe netwerk – door Planet Internet in rekening gebracht. Met betrekking tot ADSL zijn in onze algemene voorwaarden richtlijnen vastgesteld voor het maximale verbruik van dataverkeer door de gebruiker. Dit noemen we ook wel de fair use policy. De volledige algemene voorwaarden kunt u bekijken op <www.planet.nl/klantenservice/voorwaarden/voorwaarden.html>.'

Een wijziging van de techniek maakt hier een wijziging in de algemene voorwaarden noodzakelijk. In de brief bij de desbetreffende uitgave van het Planet Magazine worden de desbetreffende wijzigingen ook duidelijk gemaakt, daarbij wordt echter niet expliciet vermeldt dat het wijzigingen in de algemene voorwaarden betreffen. Een enkele mededeling van het feit dat de algemene voorwaarden gewijzigd zijn lijkt mij niet correct, een klant zal op de hoogte moeten worden gesteld dat de algemene voorwaarden zullen worden gewijzigd en van de aard van de wijziging. Mededeling van wijziging(en) is mijns inziens een verplichting die de gebruiker van algemene voorwaarden is opgelegd omdat door middel van wijziging(en) de inhoud van de overeenkomst veranderd. Mededeling kan door een ISP eenvoudig worden gedaan door het versturen van een e-mail-bericht aan alle klanten met daarin de gewijzigde algemene voorwaarden, of een hyperlink in het e-mail-bericht naar de gewijzigde algemene voorwaarden. De vraag is echter of alleen een mededeling voldoende is, dat lijkt mij niet.[62] De klant dient de gewijzigde algemene voorwaarden te aanvaarden anders zijn ze niet op de ISP-overeenkomst van toepassing.[63] De ISP dient wederom te voldoen aan de informatieplicht, zoals neergelegd in art. 6:234 BW.[64] Een mededeling in de trant van 'onze voorwaarden zijn

61 Zie ook Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT1762, (HCC/Dell), r.o. 14-15.
62 Zie ook Loos 2006, p. 86-87.
63 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.7.2.1 'Aanvaarding'. Zie ook Huisjes 2005, p. 203.
64 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.7.2.2 'Informatieplicht'.

gewijzigd' is juridisch niet correct, ook niet voor een ISP die voordurend aan technische ontwikkelingen is blootgesteld.[65]

Aangezien sprake is van een duurovereenkomst, heeft een ISP de bevoegdheid om de algemene voorwaarden eenzijdig te wijzigen. De ISP-overeenkomsten bevatten daarom veelal een wijzigingsbeding dat de ISP in staat stelt zijn algemene voorwaarden aan te passen aan gewijzigde omstandigheden.[66] Een wijzigingsbeding wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn wanneer in het beding is bepaald hoe wijzigingen aan de klant worden doorgegeven en de aard van de wijziging aan de klant wordt meegedeeld en dat de klant een opzeggingsmogelijkheid heeft als hij het niet eens is met de wijziging.[67] Wanneer niet aan deze voorwaarden is voldaan, is het wijzigingsbeding mijns inziens onredelijk bezwarend. Op grond van art. 7.2 TW dient een ISP ten minste vier weken voordat een voorgenomen wijziging van een beding dat is opgenomen in een overeenkomst van kracht wordt, de klant de mogelijkheid te bieden om de overeenkomst kosteloos te beëindigen, en de klant op genoegzame wijze op de hoogte te stellen van de inhoud van de voorgenomen wijziging en van de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen.[68] Voor het bekend maken van de wijzigingen aan de klant is een e-mail-bericht met een hyperlink naar de te wijzigen voorwaarden of een brief met een vermelding van de pagina met de te wijzigen voorwaarden voldoende, mits daarbij wordt vermeld wanneer de gewijzigde algemene voorwaarden in werking zullen treden, en dat de klant wanneer hij het niet eens is met de wijzigingen de overeenkomst kan opzeggen. Een redelijke termijn om deze mededeling aan de klant te doen is vier weken, met na verloop van twee weken nog een herhalingsmededeling zodat de klant voldoende is geïnformeerd. Dit kan een ISP eenvoudig elektronisch verwezenlijken door het betreffende e-mail-bericht nogmaals te versturen. Indien na het verstrijken van deze termijn van vier weken de klant zijn overeenkomst niet heeft opgezegd, kan de ISP er van uit gaan dat de klant de gewijzigde algemene voorwaarden stilzwijgend heeft aanvaard. De wijziging is echter niet van toepassing wanneer de ISP niet opnieuw heeft voldaan aan de informatieplicht. Schending van de informatie-

65 Uit HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 m.nt. JH (Geurtzen/Kampstaal) leidt Filott af dat banken aan hun informatieplicht omtrent hun gewijzigde algemene voorwaarden voldoen door hun klanten daar met een printregel onder een rekeningafschrift attent op te maken. Wessels is het daar niet mee eens en stelt dat een vernieuwde versie van algemene voorwaarden aan de wederpartij in haar geheel moet worden overhandigd of worden toegezonden, vergezeld van de mededeling, houdende van toepassing verklaringen van de vernieuwde voorwaarden op de rechtsverhouding met de rekeninghouder. Zie Filott 2000, p. 113-114 en Wessels 2000, p. 875-876.

66 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel B. Kopje 'algemeen', 'Wijziging algemene voorwaarden'.

67 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen' onderdeel B. Kopje 'algemeen' onder 'Wijziging algemene voorwaarden'. Zie ook Siemerink 2004 A, p. 11-12.

68 Dit artikel is zowel van toepassing op B2C als op B2B relaties. Zie Huisjes 2005, p. 199-210.

plicht zal leiden tot vernietigbaarheid van de wijziging, zodat na vernietiging de oorspronkelijke algemene voorwaarden hun gelding behouden.[69]

Geconcludeerd kan worden dat een ISP-overeenkomst een duurovereenkomst is en dat deze kwalificatie problemen kan opleveren met betrekking tot het toepasselijk verklaren van gewijzigde algemene voorwaarden. Daarnaast kunnen zich problemen voordoen met betrekking tot opzegging, opschorting en ontbinding van ISP-overeenkomsten.[70]

4.3.2.5 Inspanningsverbintenis c.q. resultaatsverbintenis

De opdrachtnemer die een overeenkomst van opdracht aangaat neemt in beginsel (slechts) een inspanningsverbintenis op zich. Doordat de opdrachtnemer de in art. 7:401 BW vermelde mate van zorg in acht dient te nemen impliceert dat op hem in de regel niet een resultaatsverbintenis rust, maar een inspanningsverbintenis.[71] Niettemin zullen sommige verplichtingen die uit zo'n overeenkomst voor de opdrachtnemer voortvloeien, tot resultaatsverbintenissen te rekenen zijn. Bij een resultaatsverbintenis is het voor een schuldeiser relatief gemakkelijk om eventueel te bewijzen dat de schuldenaar eventueel tekortschiet in de nakoming. Het gaat dan om de vraag of het overeengekomen resultaat al dan niet bereikt is. De schuldenaar heeft dan, indien zijn tekortschieten bewezen is, een schadevergoedingsplicht, tenzij hij aan zijn kant bewijst dat dit tekortschieten op overmacht berust, dat wil zeggen niet aan zijn schuld te wijten is en evenmin veroorzaakt is door een voor zijn rekening komend risico. Het laatste bewijs is bij een resultaatsverbintenis, hoewel niet onmogelijk, relatief moeilijk. De schuldenaar wordt daarbij namelijk juist geacht om de nodige risico's voor zijn rekening te nemen.

Bij een inspanningverbintenis is een schuldenaar slechts gehouden om zich voldoende, met de vereiste bekwaamheid, in te spannen teneinde een gewenst resultaat te bereiken. Om te kunnen concluderen dat de schuldenaar in de nakoming tekortschiet is het dan niet voldoende dat het gewenste resultaat uitblijft. De schuldeiser moet tevens bewijzen dat deze tekortkoming aan de schuldenaar te wijten is doordat deze zich onvoldoende heeft ingespannen en/of ondeskundig te werk is gegaan. Dit bewijs is vaak moeilijk te leveren, mede omdat het de schuldeiser in de regel aan de daartoe nodige feiten en kennis, inclusief inzicht in de gang van zaken bij de schuldenaar, ontbreekt. Bij een inspanningsverbintenis berust de toerekenbaarheid van de tekortkoming alleen op schuld, niet op voor eigen rekening te nemen risico.

Den Tonkelaar is een gematigd voorstander van de onderscheiding tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen. Hij beveelt het onderscheid aan als hulpmiddel bij het zinvol interpreteren van overeenkomsten, maar waarschuwt

---

69 Zie ook Loos 2006, p. 86.
70 Zie hierover hoofdstuk 5 'Beëindiging van ISP-overeenkomsten'.
71 Zie De Vries 2006, p. 158.

tegelijkertijd voor veralgemenisering en verabsolutering.[72] Het onderscheid kan een rol spelen bij het interpreteren van de inhoud van de verbintenis, de verplichtingen van de ISP, vragen naar wanprestatie en overmacht en de bewijslastverdeling. Ik ga hier daarom wel in op het onderscheid maar ben voorzichtig met praktische toepassingen ervan. De verbintenis om te geven is in veel gevallen een resultaatsverbintenis, in tegenstelling tot de verbintenis om te doen.[73] Een duurovereenkomst zal volgens Den Tonkelaar meestal tot inspanningsverplichtingen leiden.[74] Leveringsovereenkomsten zijn in beginsel altijd resultaatsverbintenissen, ook als onderdeel van een ISP-overeenkomst. Bij een overeenkomst met inspanningskarakter kunnen nevenverbintenissen met het karakter van garanties bestaan. Andersom kan een overeenkomst met een resultaatskarakter elementen bevatten die zorgverplichtingen inhouden.

Het ter beschikking stellen van het ISP-netwerk aan klanten voor de functies access, hosting, extra value en content vormt een voortdurende verplichting voor de ISP, de afname ervan moet op ieder moment mogelijk zijn. Beschikbaarheid is daarom een belangrijk begrip, indien er geen beschikbaarheid is, is afname niet meer mogelijk. Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat de meeste ISP's stellen dat het ter beschikking stellen van hun netwerk naar zijn aard een inspanningsverplichting is.[75] Als argument voor de stelling voeren ISP's aan dat voor een internetverbinding een absolute beschikbaarheid (leveringszekerheid) feitelijk onmogelijk is. Het internet is geen kwaliteitsdienst omdat het afhankelijk is van andere netwerken. Netwerkstoringen en internetsnelheden zijn daarom niet afhankelijk van een bepaalde ISP, een ISP kan geen honderd procent beschikbaarheid garanderen. Een ISP kan wel instaan voor de beschikbaarheid van zijn eigen computersysteem, niet voor zijn netwerkkoppeling met internet.[76] Een ISP is afhankelijk van technische voorzieningen van andere ISP's en networkproviders. Dat de verbintenis die een ISP op zich neemt moet worden gezien als een inspanningsverbintenis, is dan een logische redenering. Het kan echter zo zijn dat onderdelen van de dienstverlening als resultaat moeten worden neergezet.[77] Het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenissen is niet zo strak te trekken. Men mag het zich niet gemakkelijk maken door een type dienstverlening te kwalificeren als òf inspannings- óf resultaatsverbintenis, maar moet dit eigenlijk uitsplitsen naar

72 Den Tonkelaar 1982, p. 42.
73 Den Tonkelaar 1982, p. 32.
74 Den Tonkelaar 1982, p. 64.
75 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.
76 Voor de netwerkkoppelingen heeft de ISP overeenkomsten gesloten met networkproviders, waaraan in dit onderzoek slechts zijdelings aandacht wordt besteed.
77 Rechtsbijstandverlening door een advocaat is in beginsel een inspanningsverplichting, maar het op tijd indienen van stukken geldt hierbij als resultaatsverbintenis. De informatieplichten waar een ISP aan moet voldoen (zie hoofdstuk 3 'Totstandkoming van ISP-overeenkomsten') zijn bijvoorbeeld aan te merken als resultaatsverbintenissen. Zie ook Prins & Gijrath 2000, p. 131.

meerdere, beperktere verbintenissen en daarvan bekijken wat de aard ervan is.[78] Bepalend hiervoor zijn de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid en billijkheid. Deze stelling dwingt tot een nader onderzoek: is er bij het verrichten van de functies access, hosting, extra value en content sprake van een inspannings- of een resultaatsverbintenis?

ISP's kwalificeren hun verplichtingen algemeen als inspanningsverplichtingen door een bepaling in hun algemene voorwaarden op te nemen als:

> 'spant zich als een goed dienstverlener in zorg te dragen voor.'

Het bestaan van een resultaats- dan wel inspanningsverplichting mag echter nooit alleen aan de woorden van een contract worden opgehangen.[79] De waarde van de door de ISP's gehanteerde woorden is betrekkelijk omdat er vervolgens ook een opsomming van de verplichtingen waarvoor zij zorgdragen volgt: verlenen van aansluiting op het systeem, tot stand brengen en in standhouden van de verbinding, zorgen voor beveiliging en een zekere kwaliteit van dienstverlening garanderen.[80] Bij de eerste twee verplichtingen staat het beginsel beschikbaarheid centraal en is van essentiële betekenis. Zonder beschikbaarheid heeft een klant immers weinig aan zijn ISP-overeenkomst. Een ISP spant zich in om zoveel als mogelijk beschikbaarheid te waarborgen. Het garanderen van een zekere kwaliteit duidt ook op het bereiken van een gewenst resultaat. Daarnaast is een ISP verantwoordelijk voor een adequaat beveiligingsniveau, waardoor ook hier sprake is van het bereiken van een gewenst resultaat. Het beveiligen van het netwerk van de ISP zal nooit voor honderd procent mogelijk zijn.[81] Niet alleen de woorden van partijen, maar wat ze van elkaar (mogen) verwachten is van belang.[82] Beiden verwachten een behoorlijk resultaat.[83] Het gewenste resultaat waar het partijen uiteindelijk om gaat is beschikbaarheid.

---

78 Zie Den Tonkelaar 1982.

79 Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Ermes c.s/Haviltex).

80 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

81 In het kader van 'Nederland gaat digitaal' is door het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en het Ministerie van Economische zaken een beleidsnota kwetsbaarheid op internet (KWINT) opgesteld die tot doel heeft om samen te werken aan meer veiligheid en betrouwbaarheid op het internet: *Kwetsbaarheid op internet, Samen werken aan meer veiligheid en betrouwbaarheid*, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Ministerie van Economische Zaken, juli 2001 (Kabinetsnota KWINT 2001). De ECP.NL – ECP.NL staat voor electronic commerce platform Nederland, Platform voor *e*Nederland, zie <www.ecp.nl> – is het uitvoerend orgaan van het KWINT project.

82 Den Tonkelaar 1982, p. 67.

83 'Nederlandse huishoudens zijn redelijk tevreden over hun internetverbinding. Alleen de helpdesk blijft achter. Dat blijkt uit een onderzoek van marktonderzoeksbureau Heliview onder 1.507 huishoudens. Gemiddeld geven particuliere internetters hun aanbieders het rapportcijfer 7,2. De betrouwbaarheid van de verbinding scoort het hoogste, namelijk een 7,3. De bereikbaarheid van de helpdesk en de snelheid waarmee een reactie komt, krijgt

Op het terrein van de levering van water, elektriciteit en gas kan ook de vraag worden gesteld of verplichting tot levering van de nutsbedrijven een inspanning of een resultaat betreft. Wij maken daarom een uitstapje naar de energieleveringsovereenkomst.[84] In een op het arrest van het Haagse Gerechtshof[85] volgende procedure bij de Geschillencommissie openbare nutsbedrijven is door het energiebedrijf aangevoerd dat de levering van energie geen resultaats- maar een inspanningsverbintenis is. Als argument voor deze stelling wordt aangevoerd dat de energievoorziening voor ten minste 99,995% continu is, maar dat absolute leveringszekerheid feitelijk onmogelijk is. De Geschillencommissie heeft de stelling van het energiebedrijf expliciet verworpen. Het feit dat er nog steeds een risico bestaat leidt er niet per definitie toe dat de verbintenis dient te worden gekwalificeerd als een inspanningsverbintenis, alles hangt af van de omvang van het risico (hier 0,005%). Hoe minder het te bereiken resultaat een kanselement vertoont, hoe minder reden er is om de verplichting tot inspanningsverbintenis te kwalificeren. Toepassing van deze visie op de levering van energie heeft er toe geleid dat de leveringsverplichting van het energiebedrijf als een resultaatsverbintenis moet worden gekwalificeerd.

In de IT-sector wordt vooral met zakelijke gebruikers een zogenoemd *service level agreement* (SLA) overeengekomen.[86] Een SLA is een bepaling in de overeenkomst waarin is neergelegd tot welk kwaliteitsniveau de IT-dienstenverlener zich jegens zijn wederpartij verbindt. In de markt van telecommunicatiediensten voor zakelijke gebruikers is het gebruikelijk een '*service level*' overeen te komen. Huisjes verdedigt de stelling dat een telecommunicatieaanbieder als partij bij een SLA zich verbindt tot het bereiken van een resultaat, namelijk te zullen voldoen aan een nader omschreven minimum kwaliteitsniveau van telecommunicatiedienstverlening.[87] De twee belangrijkste kwaliteitscriteria

---

het laagste cijfer: een 6,5.' 'Nederlanders tevreden over internetaanbieder', *NRC Handelsblad*, d.d. 8 november 2002.

84 Zie Loos 1998, p. 145-146.

85 Hof Den Haag, 27 juni 1996, *NJ-kort* 1996, *TvC* 1996, p. 282 m.nt. L.J.H. Mölenberg, J.G.J. Rinkes en G.J. Rijken, *NTBR* 1996, p. 190 m.nt. E.H. Hondius (Consumentenbond/Energie-Ned en Vewin). Zie over het arrest ook Stutterheim 1996.

86 ISP Surfnet B.V. heeft zo'n model service level agreement opgesteld, raadpleegbaar via <www.surfnet.nl>, met behulp van 'zoeken op deze site', 'model service level agreement'. Het document beschrijft in globale termen een SLA tussen Surfnet en zijn beheerpartners (dat was onder andere Thuisnet2). Surfnet is verantwoordelijk voor de aanschaf van hard- en software en het afsluiten van de onderhoud- en supportcontracten, die nodig zijn voor het probleemloos draaiend houden van de diensten. In art. 2.6 staat over beschikbaarheid het volgende: 'Beschikbaarheid wordt als volgt gedefinieerd: beschikbaarheid in procenten = (totaal aantal minuten per maand – aantal minuten dat de service niet beschikbaar was) x 100% gedeeld door totaal aantal minuten per maand. Surfnet stelt de volgende norm voor de beschikbaarheid van zijn services: op werkdagen van 8.00 – 20.00 uur: 99,5% gemeten op maandbasis; op alle dagen van 00.00 – 24.00 uur: 99% gemeten op maandbasis.' Zie ook Wit & Drion 2005.

87 Huisjes 2002, p. 80.

die hierbij worden gebruikt zijn beschikbaarheid en integriteit. Ook in de markt van internetdiensten voor zakelijke gebruikers worden SLA's overeengekomen, waarbij beschikbaarheid en integriteit de belangrijkste criteria zijn. Met beschikbaarheid wordt de tijd bedoeld gedurende welke de overeengekomen dienst daadwerkelijk ter beschikking van de klant moet staan. Het criterium integriteit ziet op het deel van de gegevens dat met behulp van de dienst ongewijzigd moet worden overgebracht. In 1999 was het beschikbaarheidspercentage dat KPN Telecom bood ten aanzien van standaard digitale huurlijnen 99,2 procent. De door KPN Telecom aangeboden *premium quality* digitale vaste verbindingen hebben een gegarandeerde beschikbaarheid van 99,9 procent. Met een lokale *back-up* voorziening bereikt het niveau van beschikbaarheid van deze huurlijnen 99,98 procent.[88]

In de op de consumentenmarkt gehanteerde ISP-overeenkomsten ontbreekt over het algemeen een specifieke omschrijving van het kwaliteitsniveau in termen van beschikbaarheid en integriteit. De ISP kan daarom in zijn dienstverlening aan consumenten niet gebonden worden geacht aan het leveren van een volledige feilloze dienstverlening. In de B2B markt zijn de vergoedingen daarom ook aanzienlijk hoger dan op de B2C markt. Ook in een consumentenmarkt dient een ISP criteria te gaan hanteren. Indien sprake is van nauwkeurig omschreven criteria (minimumkwaliteit) zoals in een bedrijfsmatige omgeving het geval is, zal sprake zijn van een resultaatsverbintenis. De aard van de internetdienst en hetgeen in de ISP-overeenkomst is overeengekomen zijn bepalend voor de opvatting of een verbintenis als resultaats- dan wel inspanningsverbintenis moet worden opgevat. De eisen van de consument in de moderne samenleving brengen met zich mee dat internetdienstverlening in de B2C markt van hoge kwaliteit is, maar deze kan niet als onfeilbaar worden aangeboden. Op grond van de aard van de prestatie en de stand van de techniek is het voor een ISP onmogelijk om feilloze internettoegang te kunnen verzekeren. Deze situatie biedt echter weinig rechtszekerheid aan de betrokken partijen, zowel ISP als klant. Daarnaast krijgt de consument een zware bewijslast toebedeeld omdat hij dient te bewijzen dat de ISP is tekort gekomen. Een contractueel vastgesteld minimum beschikbaarheidspercentage zou zowel de klant als de ISP meer duidelijkheid en rechtszekerheid verschaffen over de te verwachten c.q. te leveren internetdiensten en zal ook de marktwerking ten goede komen. Een SLA zou in ISP-overeenkomsten met consumenten kunnen worden opgenomen. Als partij bij een SLA verbindt de ISP zich, zo zou men goed kunnen verdedigen, tot het bereiken van een resultaat, namelijk te zullen voldoen aan een nader omschreven minimum kwaliteitsniveau van internetdiestenverlening. Een belangrijk kwaliteitscriterium voor de ISP is dan beschikbaarheid. Beschikbaarheid kan in een SLA in procenten worden uitgedrukt. De procenten geven dat deel van de tijd weer, gedurende welke de overeen-

88 Zie Huisjes 2002, p. 81.

gekomen internetdienst daadwerkelijk ter beschikking van de klant moet staan.[89]

Dan kom ik nu toe aan het beantwoorden van de vraag of bij het verrichten van de functies access, hosting, extra value en content sprake is van een inspannings- of een resultaatsverbintenis. Daarbij staan de zes beginselen van behoorlijk ICT-gebruik – beschikbaarheid, vertrouwelijkheid, integriteit, authenticiteit, flexibiliteit en transparantie – centraal.[90]

Access

Een ISP verbindt zich tot het doen ontstaan van beschikbaarheid van internetdiensten. Dat beschikbaarheid niet voor honderd procent wordt gerealiseerd, ligt aan de aard van de ISP-overeenkomst. Het verlenen van aansluiting op het systeem van de ISP en het tot stand brengen en in stand houden van de verbinding dienen te worden beschouwd als inspanningsverplichtingen met een te bereiken gewenst resultaat. Een ISP zal echter geen honderd procent beschikbaarheid kunnen garanderen. De aard van de overeenkomst brengt met zich mee dat onderhoudswerkzaamheden aan het systeem van de ISP noodzakelijk zullen zijn, en dat het systeem dus af en toe niet beschikbaar is (flexibiliteit). Hier heeft een ISP zeggenschap over, in die zin dat hij zijn klanten tijdig kan meedelen wanneer er onderhoudswerkzaamheden zullen plaatsvinden en hoelang die zullen duren (transparantie).[91] Echter, ook het systeem van de ISP kan worden gehackt, of vastlopen, of uitvallen door welke onverwachte omstandigheden dan ook (vertrouwelijkheid).[92] Deze onverwachte omstandigheden zullen er altijd blijven, honderd procent beschikbaarheid is daarom onmogelijk. Wel is het mogelijk om de beschikbaarheid van het systeem van de ISP in een percentage uit te drukken, bijvoorbeeld 98%, met daarnaast duidelijke mededelingen over wanneer onderhoudswerkzaamheden plaatsvinden. Indien de beschikbaarheid wordt uitgedrukt in een percentage

---

89 Zie Engelse samenvatting van het *French Quality of Services paper, policy agreed by AFA (French ISPA and AFNOR (French standardisations body)*; KEMA Connect & IPing Research B.V., *Kwaliteitscriteria – Evaluatie Internet Service Providers*, Arnhem, 8 augustus 2000; en *Transparameters. Meetbare kwaliteit van Internetdienstverlening*, eindrapport van de 'projectgroep transparantie door kwaliteitsgegevens' van het programma KWINT, juli 2004 (raadpleegbaar via <www.kwint.org>). De criteria, tijdseenheden en percentages die ik ben tegengekomen in deze rapporten hebben model gestaan voor de door mij genoemde criteria, tijdseenheden en percentages bij de beschrijving van de vier functies.

90 Zie hoofdstuk 1 paragraaf 1.3 'Algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik en ISP's'.

91 Op de juridische faculteit van de Universiteit Leiden vinden de onderhoudswerkzaamheden aan het interne netwerk altijd plaats op maandagen. Indien onderhoudswerkzaamheden aan het netwerk noodzakelijk blijken krijgen de medewerkers meestal een week van te voren bericht dat er aanstaande maandag om die en die tijd werkzaamheden zullen plaatsvinden en gebruikmaking van het netwerk zodoende niet mogelijk is.

92 Geef ik weer het voorbeeld van het facultaire netwerk van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Ook dat netwerk valt wel eens onverwachts midden op een werkdag uit. Meestal zijn de problemen dan wel binnen een halfuur, of uur verholpen zodat je weer verder kunt.

zou de verbintenis tussen ISP en klant aangaande de beschikbaarheid van het systeem van de ISP kunnen worden gezien als een resultaatsverbintenis.

Daarnaast spelen integriteit en authenticiteit een rol indien access tot bepaalde informatie mogelijk wordt gemaakt via een proxy-server (caching-access).[93] Daarbij zal een ISP zich moeten inspannen om de gecachte informatie niet te wijzigen, de toegangsvoorwaarden voor de informatie in acht te nemen, de gebruikelijke regels betreffende de bijwerking van informatie na te leven en niet de in de bedrijfstak geldende of gebruikelijke technologie voor het verkrijgen van gegevens over gebruik van de informatie te wijzigen. Ook dient de ISP prompt de nodige maatregelen te nemen om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken, zodra hij weet dat de informatie is verwijderd van de plaats waar deze zich oorspronkelijk in het communicatienetwerk bevond, of de toegang daartoe onmogelijk is gemaakt, of dat een bevoegde autoriteit heeft bevolen de informatie te verwijderen van de plaats waar deze zich oorspronkelijk in het communicatienetwerk bevond of de toegang daartoe heeft verboden.[94] Deze omschreven verplichtingen van de ISP tegenover de houders van de gecachte websites, kunnen worden opgevat als een te behalen gewenst resultaat tegenover de klant. Zo mag de klant verwachten dat wanneer caching wordt toegepast op informatie die hij wil raadplegen of wanneer de klant houder van de gecachte website is, zijn ISP daartoe deze wettelijke verplichtingen in acht neemt.

Bij het uitoefenen van de functie access is mijns inziens sprake van een inspanningsverbintenis tegenover de klant met beschikbaarheid, integriteit en authenticiteit als te bereiken gewenste resultaten.

Hosting

Het fungeren als host moet worden gezien als inspanningsverplichting met als gewenst resultaat dat informatie van de klant door middel van de servers en het systeem van de ISP op het internet wordt verspreid en daarmee voor andere internetgebruikers openbaar en toegankelijk wordt. Daarbij speelt beschikbaarheid, dat ook moet worden beschouwd als een door de ISP te behalen gewenst resultaat, een belangrijke rol.

Als wij eerst de dienst e-mail bestuderen dan zijn daarbij de volgende criteria belangrijk. Ten eerste beschikbaarheid: wanneer kan gebruik worden gemaakt van de dienst e-mail en binnen welke tijd kan een e-mail-bericht worden verstuurd of ontvangen (prestatie c.q. snelheid)?[95] Ten tweede integriteit en vertrouwelijkheid: in hoeverre kan worden gegarandeerd dat het te versturen e-mail-bericht van de klant ook daadwerkelijk ongewijzigd bij de

93 Zie hoofdstuk 2 paragraaf 2.3 'Indeling functies en diensten ISP's'.

94 Zie art. 6:196c lid 3 BW Aanpassingswet inzake elektronische handel en art. 13 Richtlijn inzake elektronische handel.

95 'XS4ALL had in 2005 de meest stabiele en betrouwbare e-mail-dienst, op de voet gevolgd door Planet Internet.' 'Beste mail bij XS4ALL', *NRC-Handelsblad*, d.d. 17 januari 2006.

ontvanger aankomt, dat een verstuurd e-mail-bericht van een derde ongewijzigd door de klant wordt ontvangen en dat derden geen kennis nemen van de inhoud van het e-mail-bericht? Ten derde authenticiteit: in hoeverre kan worden gegarandeerd dat de e-mail-berichten door de juiste persoon worden ontvangen en verstuurd? Voor het versturen en ontvangen van e-mail-berichten door de klant via het systeem van de ISP kunnen kwaliteitscriteria worden opgesteld uitgedrukt in percentages.[96] Door de criteria om te zetten in percentages en/of tijdseenheden is sprake van kwaliteitscriteria die bepalend zijn voor de kwalificatie of van een inspanningsverplichting dan wel een resultaatsverplichting kan worden gesproken. Bij een website zijn dezelfde criteria belangrijk als bij e-mail.

Ook voor het hosten van een webpagina kunnen kwaliteitscriteria worden opgesteld. Indien de ISP een nieuwsgroep-server of chat-server aan zijn klanten ter beschikking stelt kunnen daarbij ook dergelijke criteria worden opgesteld die kunnen worden uitgedrukt in percentages. Deze criteria zijn bepalend voor de kwalificatie of van een inspanningsverplichting dan wel een resultaatsverplichting kan worden gesproken. Ook bij het uitoefenen van de functie hosting zou er dan een resultaatsverplichting op de ISP kunnen rusten tegenover zijn klant.

Bij het uitoefenen van de functie hosting ga ik er van uit dat er sprake is van een inspanningsverplichting tegenover de klant.

Extra value

Voor de functie extra value gelden specifieke verplichtingen voor de ISP, dit is afhankelijk van de inhoud van de extra value. Voorzover het beschikbaarheid betreft zal sprake zijn van inspanningsverplichtingen. De helpdesk van een ISP is een dienst die onder de functie extra value valt. Bijna iedere ISP beschikt over een telefonisch bereikbare helpdesk die meestal landelijk bereikbaar is tegen lokaal tarief, soms onder een gratis nummer.[97] Daarnaast beschikken sommige ISP's ook over een helpdesk die bereikbaar is per e-mail. Voor de bereikbaarheid van een helpdesk kunnen wel enkele criteria worden opgesteld. Zo zal de bereikbaarheid moeten zijn afgestemd op de dal- en piekuren voor internetgebruik en bijvoorbeeld kunnen worden vastgesteld op twaalf uren per werkdag, met daarnaast ook bereikbaarheid in de weekenden. Zo zijn wij van mening dat één op de twee belpogingen moeten leiden tot verbinding en de wachttijd bij een in de wacht gezette verbinding mag bijvoorbeeld maximaal drie minuten bedragen voordat contact wordt gelegd met een medewerker van de helpdesk. Wanneer een helpdesk bereikbaar is per e-mail

96 Mijn ervaring met e-mail is dat een e-mail-bericht meestal binnen enkele seconden wordt verstuurd, naar de door mij geselecteerde e-mail-adressen. Indien het versturen niet mogelijk is volgt een e-mail-bericht met foutmelding. (Het facultaire e-mail-netwerk van de Universiteit Leiden verstuurt echter geen foutmeldingen.)

97 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel M. Klachtenregeling en helpdesk.

is een ontvangstbevestiging binnen één werkdag op zijn plaats met een indicatie van de wachttijd op een antwoord. Kwaliteitscriteria duiden op een resultaatsverplichting, zodat ook bij het uitoefenen van de functie extra value sprake kan zijn van een resultaatsverplichting.

Bij het uitoefenen van de functie extra value ga ik er van uit dat er sprake is van een inspanningsverplichting van de ISP tegenover de klant.

Content

Soms worden onderdelen van extra value uitgevoerd met behulp van de functie content, bijvoorbeeld informatie over de helpdesk. Ook wijzigingen van algemene voorwaarden worden vaak met behulp van de functie content bekend gemaakt aan klanten (flexibiliteit).[98] Informatie over de nieuwste antivirussoftware en een mogelijkheid tot gratis downloaden van deze software kan de ISP met behulp van content openbaren. Een belangrijk criterium is dan beschikbaarheid van de betreffende informatie. Ook is het voor de klant van belang dat hij er van op aan kan dat de informatie daadwerkelijk afkomstig is van zijn ISP (authenticiteit) en dat de informatie ongewijzigd bij de klant terecht komt (integriteit). Daarnaast kan content een wezenlijk onderdeel van de ISP-overeenkomst uitmaken indien de ISP bijvoorbeeld interactieve spelen aanbiedt. Ook dan is sprake van een inspanningsverbintenis voorzover het de beschikbaarheid van de spelen betreft. Daarnaast is sprake van een inspanningsverbintenis met als resultaat dat het spel moet werken zoals is afgesproken. Ook daarvoor kunnen kwaliteitscriteria worden opgesteld, waardoor sprake zou kunnen zijn van een resultaatsverplichting.

De overeenkomst bepaalt op grond van de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) de verplichtingen van de ISP. Geconcludeerd kan worden dat ISP's zich niet plegen te verbinden tot een feilloze beschikbaarheid van internetdiensten en een ISP zijn verplichtingen daarom kwalificeert als inspanningsverplichtingen. De ISP-overeenkomst dient zodoende te worden beschouwd als een inspanningsverbintenis. Aangezien het beginsel beschikbaarheid centraal staat bij alle vier functies (met name bij access), kan beschikbaarheid worden beschouwd als een noodzakelijke voorwaarde voor het uitoefenen van de functies. Beschikbaarheid is tevens een te bereiken resultaat. Dit brengt naar mijn mening mee dat het wenselijk zou zijn dat de beschikbaarheid wordt uitgedrukt in een percentage waardoor de ISP-overeenkomst voorzover het beschikbaarheid betreft kan worden gekwalificeerd als een resultaatsverbintenis. Bij access is dan sprake van een resultaatsverbintenis die aan alle andere functies ten grondslag ligt. Ook voor de andere functies zouden kwaliteitscriteria kunnen worden vastgelegd zodat ook daar sprake is van resultaatsverplichtingen. In dit onderzoek beschouw ik de ISP-overeenkomst als een inspanningsverbintenis met te bereiken gewenste resultaten.

---

98 Zie paragraaf 4.3.2.4 'Duurovereenkomst'.

4.3.2.6 Marktpositie

De markt waarin een ISP zich begeeft is in ontwikkeling, zowel technisch als juridisch gezien. Het beginsel flexibiliteit speelt daarom voor de ISP een belangrijke rol. De toename van de diversiteit van het aantal diensten en dienstenaanbieders kan leiden tot een diffuus beeld van het aanbod. Voor potentiële afnemers kan het daarom onduidelijk zijn wat van een dienst mag worden verwacht. Ook het beginsel transparantie speelt daarom een rol.

Er bestond tot voor kort een branchevereniging voor Nederlandse ISP's, de NLIP.[99] Het feit dat er een branchevereniging is heeft invloed op de marktpositie van een ISP. Zo was de NLIP in samenwerking met de SER en de Consumentenbond bezig met het vaststellen van branche specifieke algemene voorwaarden.

Op een ISP rust in mijn ogen tot op zekere hoogte een maatschappelijke taak.[100] Deze taak is vergelijkbaar met die van publieke media diensten pers, radio en televisie. De maatschappij wil gebruik kunnen maken van de mogelijkheden van het internet, een ISP biedt die mogelijkheid. Een ISP dient zijn diensten tegen redelijke voorwaarden ter beschikking te stellen. Een klant kan een keuze maken uit verschillende ISP's. Een markt met vrije mededinging is van groot belang. Hoe dit in de toekomst zal zijn, is onduidelijk. Het gevaar dat er een monopolie positie zal ontstaan dient te worden voorkomen.

4.3.2.7 Gedragscodes

Gedragscodes zullen veelal onderdeel uitmaken van algemene voorwaarden door middel van een verwijzing daarin.[101] Zelfregulering wordt door de overheid gestimuleerd omdat de overheid bepaalde omstandigheden zelf niet kan regelen of niet wil regelen. Een vorm van zelfregulering is een door partijen buiten de overheid om zelfstandig vastgestelde gedragscode.[102] Gedragscodes zijn instrumenten om normen te stellen zonder dat een specifiek wettelijk kader bestaat. Ze komen voor in zowel publiek- als privaatrecht. De rechtsbasis voor gedragscodes in het publiekrecht is soms een specifieke wettelijke bevoegdheid.[103] In het privaatrecht is die formeel wettelijke basis er in het algemeen niet, maar worden gedragscodes op grond van de algemeen geldende contractsvrijheid opgesteld. De regels die ze bevatten, hebben geen wettelijk bindende kracht, maar zijn *soft law*. Dit wil volgens Vranken zeggen

99 Zie <www.nlip.nl>. De NLIP is op 21 april 2005 opgeheven, maar heeft een belangrijke rol gespeeld in de markt waarin de ISP opereert.

100 Zie hoofdstuk 1 paragraaf 1.2 'Maatschappelijke relevantie ISP's'. Zie ook art. 6.1 TW.

101 Zie ook hoofdstuk 3 paragraaf 3.5.2.2 'Informatieplichten bij het sluiten van de overeenkomst langs elektronische weg'.

102 Zie Terryn 2003.

103 Zie bijvoorbeeld art. 5(a) Pensioen- en Spaarfondsenwet. Gedragscodes op grond van algemene bevoegdheid worden ook wel beleidsregels genoemd.

dat ze door betrokkenen feitelijk in acht worden genomen en op die manier, afhankelijk van hun overtuigingskracht, meer of minder regulerend werken.[104] Gedragscodes vormen een belangrijk onderdeel van een privaatrechtelijk systeem van zelfregulering.[105]

Met de Aanpassingswet inzake elektronische handel is het begrip gedragscode in het BW geïntroduceerd.[106] De vraag is wat de juridische status is van deze rechtsfiguur. Een definitie ontbreekt in het Nederlandse privaatrecht. Ook biedt de MvT niet veel aanknopingspunten.[107] Een gedragscode kan worden geacht regels te stellen over gedrag van de betrokkenen. Daarbij moet worden bedacht dat een gedragscode (ten dele) onderdeel van de overeenkomst kan zijn. Dat kan slechts zo zijn indien de verbintenissen die ontstaan voldoende bepaalbaar zijn in de zin van art. 6:227 BW. De afdwingbaarheid hangt af van de formulering van de gedragsregels die een gedragscode bevat. Dat is in een digitale context niet anders. Het aangaan van een gedragscode is in principe vormvrij,[108] de code kan dus in beginsel ook langs elektronische weg worden aangegaan.

Gedragscodes kunnen worden opgevat als sociale normen, er rust geen overheidssanctie op zoals bij juridische normen het geval is. Een persoon die zich niet gedraagt conform een hem opgelegde gedragscode kan door anderen wel tot ander gedrag worden gedwongen.

Gedragscodes hebben het doel om gedrag te reguleren maar zij beogen dat te doen op een ander niveau dan de overeenkomst tussen ISP en klant. In het algemeen worden concrete verplichtingen geregeld in de kernbedingen en de algemene voorwaarden, terwijl gedragscodes een nadere invulling van de verplichtingen van de contractspartijen beogen te scheppen. Onder de benaming 'gedragscode' kunnen daarom ook wel delen van een overeenkomst schuil gaan. De benaming 'gedragscode' is echter niet doorslaggevend voor de juridische kwalificatie van de betreffende gedragsregels. Zelfstandig beschouwd bevat een gedragscode in het algemeen niet in voldoende mate bepaalbare rechten en plichten.

In de ISP-branche worden verschillende gedragscodes en gedragsregels gehanteerd. In het geval van gedragscodes van ISP's gaat het voornamelijk om het normeren van het gedrag van diens klanten op het internet. Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat de ISP's in hun algemene voorwaarden in

---

104 Zie Asser-Vranken 2005, p. 96.

105 Overigens bestaan er vele systemen van zelfregulering. In al deze systemen komen gedragscodes voor. Zie daarover Follow-up groenboek consumentenbescherming, Brussel, 16 juni 2002, COM (2002) 289 final, p. 5-7.

106 Art. 6:227b lid 1 sub e jo. 6:227b lid 5 BW, zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.5.2 'Informatie voor het sluiten van de overeenkomst'. Zie ook Siemerink 2003 C.

107 In het algemene deel van de MvT wordt wel aandacht besteed aan gedragscodes in praktische, maar niet zozeer juridische zin. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 1-3, p. 31.

108 Art. 3:37 BW.

ieder geval naar de volgende gedragscodes verwijzen:[109] fair use/acceptable use policies, privacyverklaringen, NLIP-gedragscode en de Netiquette.[110] Elk hebben zij een ander geldingsbereik en kennen zij eigen typen normen.[111] Een verwijzing in de algemene voorwaarden naar de gedragscodes vindt meestal plaats door middel van een hyperlink. Hieronder worden de door ISP's in de praktijk gehanteerde gedragscodes beschreven en gaan wij in op de vraag wanneer gedragscodes onderdeel uitmaken van de ISP-overeenkomst.

Netiquette

In het begin van de ontwikkeling van internet beschouwde men dit verschijnsel als een separate wereld met eigen regels en eigen sancties. Die regels waren met name neergelegd in zogenaamde *Requests For Comments* (hierna: RFC's).[112] Deze regels bevatten technische eisen voor een goede werking van het internet en ook een serie gedragsregels waaraan gebruikers van het internet zich dienen te houden. Die laatste staan bekend als de Netiquette, naar analogie van etiquette.[113] Netiquette omvat de algemeen aanvaarde waarden en normen die gelden voor communicatie over het internet als zodanig. De 'Netiquette Guidelines', zoals het document officieel is genoemd, zijn opgesteld in het Engels en bieden een minimumpakket gedragsregels die organisaties en particulieren kunnen overnemen en aanpassen voor eigen gebruik. De NLIP heeft er een Nederlandse vertaling en bewerking van laten maken: 'Netiquette Richtlijnen NLIP'.[114] Naar de Netiquette wordt door ISP's nog steeds verwezen in hun algemene voorwaarden.[115]

De Netiquette is gebaseerd op het prettig met elkaar omgaan op het internet. De inhoudsopgave luidt als volgt: *introduction, one-to-one communication, one-to-many communication, information services, selected bibliography, security considerations*[116], *author's address*. Onder persoonlijke communicatie valt e-mail

---

109 Dat wil niet zeggen dat deze vormen te kwalificeren zijn als gedragscodes bedoeld in art. 6:227b lid 1 sub e BW Aanpassingswet inzake elektronische handel, omdat een definitie van gedragscode ontbreekt in het Nederlandse privaatrecht.

110 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen' onderdeel A. Definities en paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel H. Verplichtingen van de klant en onderdeel K. Privacy.

111 De vraag is echter of al deze vormen van 'gedragscodes', waarnaar ISP's veelvuldig verwijzen in hun algemene voorwaarden, ook een gedragscode zijn zoals in de Aanpassingswet inzake elektronische handel bedoeld. Zie Siemerink 2003 C.

112 RFC staat voor Request For Comment, die bevatten informatie over internetstandaarden, zie <ftp://ripe.net/rfc/>. Het systeem van de RFC's bestaat vanaf 7 april 1969. Voor alle technische en organisatorische RFC's zie <http://www.rfc-editor.org/>.

113 Netwerk-etiquette. Sommige ISP's spreken van nettiquette of net-etiquette, al dan niet met een hoofdletter. Waarschijnlijk wordt steeds hetzelfde bedoeld, ik gebruik steeds Netiquette. Het gaat om RFC 1855 van 19 oktober 1995, zie <ftp://ftp.ripe.net/rfc/rfc1855.txt>.

114 Deze vertaling en bewerking van de Netiquette van maart 2001 is raadpleegbaar via <www.nlip.nl>.

115 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel H. Verplichtingen van de klant.

116 Echter onder dit kopje is de volgende tekst te lezen: '*Security issues are not discussed in this memo*'. Dit kopje hoeft dus niet te worden opgenomen in de Netiquette.

en chat, onder communicatie met groepen vallen nieuwsgroepen en mailinglijsten, onder informatie diensten vallen onder andere het WWW en FTP. De bibliografie kan als naslagwerk worden gebruikt. De bepalingen in de Netiquette zijn divers van aard en soms ook erg vaag of juist zeer voor de hand liggend. Enkele regels uit de Netiquette met betrekking tot gebruik van e-mail:[117]

> 'Zet nooit iets in een mailtje dat u niet op een ansichtkaart zou zetten. Wees conservatief over wat u verzendt en liberaal over wat u ontvangt. Uw provider kan u helpen met internetproblemen. Uw provider is evenzeer het juiste adres als u iets ontvangt dat verdacht of illegaal is. Gebruik grote en kleine letters. Wees beknopt zonder al te kort te zijn. Verstuur geen grote hoeveelheden ongevraagde informatie.'

Enkele regels uit de Netiquette met betrekking tot gebruik van chat en nieuwsgroepen:

> 'Onthoud dat chatten een onderbreking is voor de ander. Gebruik het alleen als het toepasselijk is. En praat nooit met vreemden. Het aanmaken van nep-persoonlijkheden en het parodiëren van anderen is niet toegestaan. Reageer nooit op spam in een nieuwsgroep. Zo maakt u de overlast alleen erger.'

Enkele regels uit de Netiquette met betrekking tot gebruik van informatiediensten:

> 'Als een gebruiker een bijnaam, nickname of pseudoniem gebruikt, respecteer dan zijn of haar wens voor anonimiteit. Zelfs als u boezemvrienden bent met deze persoon is het welgemanierder om de nickname te gebruiken. Gebruik de echte naam van iemand niet zonder toestemming op het internet. Link niet naar andere sites zonder het eerst te vragen. Wees gevoelig voor de levensduur van uw informatie. Zorg dat tijdgevoelig materiaal van een datum voorzien is en wees waakzaam dat deze informatie goed onderhouden wordt.'

Bij de afdwingbaarheid van deze gedragsregels uit de Netiquette kunnen vraagtekens worden geplaatst. Bij de ene dienst is een nep-persoonlijkheid bijvoorbeeld wel toegestaan, bij de andere niet.

De status van de Netiquette is niet duidelijk. ISP's noemen eigen gedragsregels soms ook Netiquette. Het is dus niet altijd duidelijk welke bron precies bedoeld wordt en hoe die bron te vinden is. De Netiquette mag worden aangepast voor eigen gebruik, maar dit duidt niet op transparantie. Duidelijk is dat in een Nederlandse consumentenovereenkomst niet rechtsgeldig kan worden verwezen naar een Engels document, toch doen bijna alle ISP's dat. Het is de vraag of een Nederlandse vertaling van een van oorsprong Engelse

117 Overgenomen uit de NLIP vertaling van de Netiquette.

tekst wel voldoet.[118] De Netiquette wordt op dit moment minder goed toegepast dan zou kunnen, het juridische effect ervan is daardoor minder groot. In de interpretatie bij open normen, zoals de norm 'handelen zoals een zorgvuldig internetgebruiker betaamt', zou de Netiquette een rol kunnen spelen.

In Nederland is iets meer duidelijkheid gekomen over de juridische status van bepaalde regels uit de Netiquette die betrekking hebben op spam. Het Hof Amsterdam overwoog in de zaak AB.FAB tegen XS4ALL[119] het volgende:

> '4.6.7 (…) komt (…) onvoldoende gewicht toe aan de door XS4ALL genoemde "Netetiquette" zoals blijkend uit een aantal RFC's; onbestreden is dat die regels vooral voortkomen uit de wereld van de internetproviders zelf.'

Deze rechtspraak is omstreden om een aantal redenen. Ten eerste worden in de EU aanpassingen op de privacyregels voorbereid die de betreffende RFC's codificeren.[120] Ten tweede staat zo het functioneren van zelfregulering als geheel onder druk. Daarnaast zijn er buitenlandse vonnissen bekend waarin wel gelding wordt toegekend aan de RFC's.[121] Een Franse rechter ging daarbij het verst door te concluderen dat deelname aan het internetverkeer een impliciete instemming met de Netiquette veronderstelt. Dat laatste is na de uitspraak AB.FAB/XS4ALL vrijwel zeker van de baan. Het blijkt dat de status van de Netiquette niet volledig is uitgekristalliseerd. Onduidelijk is nog wat het Hof Amsterdam heeft bedoeld met de zinsnede 'uit de wereld van de internetproviders zelf'. Ten eerste is dat feitelijk niet geheel juist.[122] Daarnaast is ook de juridische consequentie van deze opmerking onduidelijk.[123]

---

118 In de praktijk kan dat vooral problemen geven wanneer de Engelse tekst voor een andere uitleg vatbaar is dan de Nederlandse. Om dit risico te beperken kan expliciet worden verwezen naar de Nederlandse vertaling van de Netiquette.

119 Hof Amsterdam 18 juli 2002, rolnummer 468/02, *Mediaforum* 2002/9, p. 293-298 m.nt. Q. Kroes; m.nt. A. Lodder, *JAVI* 2002/2, p. 63-65; m.nt. J.J.C. Kabel, *Computerrecht* 2002/5, p. 299-309, (AB.FAB/XS4ALL).

120 Art. 13 (3) Common Position (EC) No 26/2002, C113 E/3. Zie daarover verder Lodder & Bergfeld 2002, p. 1050-1057.

121 In producties bij de pleitnotities van XS4ALL tegen AB.FAB van 22 februari 2002, is een Franse zaak toegevoegd, zie <http://www.xs4all.nl/nieuws/overzicht/pleitnota/producties.html>. Ook wordt een zaak in Canada gemeld in: Prins & Gijrath 2000, p. 91.

122 De RFC's komen tot stand door discussie tussen internetgebruikers waaraan in beginsel iedereen kan deelnemen. Uiteindelijk verwerkt een redacteur de commentaren tot een lopende tekst. Zie over de precieze totstandkoming, 30 years of RFC's, 7 april 1999, RFC Editor, et al.,<ftp://ftp.rfc-editor.org/in-notes/rfc2555.txt>.

123 Inmiddels is in deze zaak door de Hoge Raad arrest gewezen. Zie hoofdstuk 6 paragraaf 6.2.2 'Jurisprudentie'.

Fair use c.q. acceptable use policy
Naast Netiquette wordt door ISP's in algemene voorwaarden verwezen naar zogenaamde *fair use policies* of *acceptable use policies*.[124] Een dergelijke *policy* bevat regels die, zoals de naam al aangeeft, het gedrag van de klant beogen te reguleren: beleid voor aanvaardbaar en redelijk gebruik door de klant van internetdiensten. In die zin zou men denken dat een policy een typisch voorbeeld is van een gedragscode. De praktijk leert echter dat deze policies vaak als integraal onderdeel van de overeenkomst worden bestempeld. Overigens hanteren niet alle ISP's dergelijke policies. Daarentegen hebben sommige ISP's voor elke dienst (e-mail, nieuwsgroep, chat, website) een aparte policy opgesteld.[125]

De policies bevatten voor een groot deel de materie die de Netiquette ook bevat en gedragsregels die veel ISP's in hun algemene voorwaarden bij de verplichtingen van de klant hebben opgenomen.[126] Bijvoorbeeld een basisregel voor het goed gebruik van computer- en netwerkvoorzieningen:

> 'Wat u niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet…'

De fair use of acceptable use policies zijn, hoewel de aanduiding misschien anders doet vermoeden, in het Nederlands opgesteld. Fair use/acceptable use van het systeem van de ISP en het internet is belangrijk. Redelijkheid en billijkheid brengen mee dat ook op het internet bepaald gedrag en bepaalde gedragssituaties van mensen niet kunnen worden getolereerd. Normering van gedrag is niet eenvoudig, helemaal niet met betrekking tot het internet. Het internet is immers een grensoverschrijdend wereldwijd netwerk. Gedrag dat in het ene land rechtens geoorloofd is hoeft dat in het andere land niet te zijn. In deze policies is in het algemeen sprake van meer bepaalbare rechten en plichten dan in de Netiquette. De status van fair use en acceptable use policies is toch niet geheel duidelijk, mede omdat sommige ISP's dergelijke gedragsregels integraal in hun algemene voorwaarden opnemen terwijl andere ISP's alleen verwijzen naar policies. De sancties die gelden indien een klant niet voldoet aan de gedragsregels neergelegd in deze policies zijn door ISP's meestal integraal in de algemene voorwaarden opgenomen.

---

124 Ook wel gedragsregels voor gebruikers, (aanvullende) gebruikersvoorwaarden, spelregels of gebruikersreglement genoemd. Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel H. Verplichtingen van de klant.

125 Net als sommige ISP's elke dienst en de daarbij behorende voorwaarden in een apart artikel in hun algemene voorwaarden hebben omschreven. Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer.

126 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel H. Verplichtingen van de klant.

NLIP-gedragscode

De NLIP[127] had een gedragcode opgesteld, de NLIP-gedragscode, die onderdeel was van het 'NLIP-kwaliteitsbeleid voor ISP's'.[128] Deze was gericht op het ondubbelzinnig vastleggen van belangrijke elementen in de relatie ISP – consument. De gedragscode gold voor alle ISP's die waren aangesloten bij de NLIP. Alle leden onderschreven met hun lidmaatschap de NLIP-gedragscode. Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat de meeste van de onderzochte ISP's die lid waren van de NLIP niet verwezen naar de NLIP-gedragscode.[129] De gedragscode was kort, maar bevatte een bepaling over het briefgeheim, een bepaling over privacy en verwijzingen naar een klachtenregeling, een regeling voor een geschillencommissie en een verwijzing naar de Netiquette.[130] Het zou logischer zijn geweest wanneer de NLIP verwees naar de door haar gemaakte Nederlandse bewerking van de Netiquette: 'Netiquette Richtlijnen NLIP'. Voorzover ISP's waren aangesloten bij de NLIP waren zij 'verplicht' om de Netiquette over te nemen.

Naast de NLIP-gedragscode zijn ook zogenaamde *recommended security practices* ontwikkeld.[131] Deze *best practices* bevatten security aanbevelingen die waren vastgesteld door bestuur en leden van de NLIP. Ten slotte kende de NLIP nog een regeling voor een keurmerk die met name betrekking had op de kwaliteit van de dienstverlening. NLIP-leden konden er voor kiezen om dit keurmerk te voeren, het was dus niet verplicht.[132] Het keurmerk werd door de NLIP als volgt omschreven:

---

127 De NLIP is op 21 april 2005 opgeheven.

128 Het NLIP-kwaliteitsbeleid voor ISP's bestond verder uit een klachtenregeling, een geschillencommissie, *security: recommended practices*, en een facultatief keurmerk, zie <www.nlip.nl>. Naast de gedragscode heeft de NLIP ook gebruik gemaakt van andere vormen van zelfregulering. De meldpunten voor onder andere discriminerende uitingen en kinderporno zijn daarvan voorbeelden. Momenteel functioneren drie van dergelijke meldpunten: Meldpunt kinderporno, Meldpunt discriminatie op Internet en Meldpunt overig illegaal materiaal. De eerste twee functioneren als website en de laatste via een e-mail-adres. Meldpunten zijn naar hun aard geen gedragscodes, het instellen van een meldpunt is immers nog niet het stellen van een norm voor gedrag. Wanneer echter een branche of bedrijf formuleert wanneer zij van het meldpunt gebruik maakt, buiten de wettelijke plichten daartoe en buiten de overeenkomst, kan wel sprake zijn van een gedragscode.

129 Zie onder andere bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen' onderdeel E. Geschillenbeslechting en toepasselijk recht.

130 De NLIP-gedragscode telt slechts 6 artikelen, genummerd G1-G6. Artikelen G3-G5 bevatten verwijzingen naar de genoemde andere regelingen. NLIP-gedragscode, versie 2.0, datum van inwerkingtreding 23 november 1999, zie <www.nlip.nl>.

131 Daarvan werd in de NLIP-gedragscode geen melding gemaakt. Misleidend genoeg was het onderschrijven van deze aanbevolen *best practices* wel verplicht om lid van de NLIP te kunnen worden want het was een verplicht onderdeel van het NLIP-kwaliteitsbeleid voor ISP's.

132 Maar een dergelijk keurmerk (kwaliteitscriteria) kan in de toekomst wel verplicht worden met de afronding van het programma KWINT. Zie paragraaf 4.3.2.5 'Inspanningsverbintenis c.q. resultaatsverbintenis' en Kabinetsnota KWINT 2001.

> 'Dit keurmerk bevat een minimum service level (de technische kwaliteitseisen) ten behoeve van het product[133] inernetaccess voor consumenten. Kwaliteitseisen voor andere internetdiensten (hosting, backbone, websites) zijn nog in ontwikkeling.'

De NLIP was geen toezichthouder op de naleving van de gedragsregels en de branche kende geen eigen systeem van tuchtrecht. De NLIP had geen (formeel) wettelijke basis en kon daarom niet meer doen dan iedere andere vereniging. Zij kon slechts een lid van de branchevereniging schorsen of een lid dat de gedragsregels (aantoonbaar) niet naleefde royeren. De NLIP had daarnaast de mogelijkheid een strafklacht bij de justitiële autoriteiten in te dienen.[134]

Privacyverklaring

Het begrip privacy beslaat bij het internet in hoofdlijnen twee aspecten.[135] Ten eerste de vertrouwelijkheid van de inhoud van de persoonlijke communicatie voor het transport tussen verzender en ontvanger. Ten tweede de privaatrechtelijke verhouding tussen klant en ISP. Het gaat daarbij om het verstrekken en het gebruik van persoonsgegevens en verkeersgegevens. Hierover geeft de WBP regels en is het College Bescherming Persoonsgegeven (CBP) als toezichthouder aangesteld. De WBP houdt voor een ISP het volgende in. Het verwerken van persoonsgegevens omvat elke handeling of elk geheel van handelingen met persoonsgegevens (art. 1 sub b WBP). Onder persoonsgegevens zijn te verstaan alle gegevens over identificeerbare natuurlijke personen (art. 1 sub a WBP). Het door een ISP bijhouden van een administratie van klanten valt hier onder. De ISP moet de consument informeren over de verwerking van zijn gegevens (art. 33 WBP e.v.) en deze verwerking dient uitdrukkelijk aan een bepaald doel te zijn gekoppeld (art. 7 WBP). Belangrijker is nog dat dit een legitiem doel moet zijn. Alleen indien er sprake is van toestemming voor verwerking, of een van de andere limitatief opgesomde gronden als genoemd in art. 8 WBP mag hiertoe worden overgegaan. Het verwerken van bijzondere gegevens zoals ras, politieke gezindheid of gezondheid is in de meeste gevallen verboden (art. 16 WBP). In sommige gevallen moet de ISP de verwerking melden aan het College Bescherming Persoonsgegevens (art. 27 WBP e.v.). De consument heeft een inzage- en correctierecht (art. 35 WBP e.v.). Een klant die schade lijdt doordat een ISP zich niet houdt aan de voorschriften van de WBP kan deze schade op de ISP verhalen (art. 49 WBP).

Naast wetgeving bestaan er beleidsopties voor het waarborgen van privacy bijvoorbeeld uit het bevorderen van het ontstaan van gedragscodes, de transparantie van het privacybeleid van ISP's en het gebruik van *Privacy Enhancing*

---

133 Al eerder heb ik opgemerkt dat het bij ISP-overeenkomsten juridisch verwarrend is om te spreken van een product, beter is het om het begrip dienst(en) of dienstenpakket te hanteren. Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.3.1'Aanbod ISP'.

134 Op grond van bijvoorbeeld gesignaleerde computervredebreuk (art 139 SR). Deze mogelijkheid werd expliciet in art. III van de *security practices* genoemd.

135 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.5.6 'Privacybescherming'.

Technologies (PET). Voor privacygedragscodes geldt een eigen regime.[136] Op grond van art. 25 WBP kunnen bedrijven een gedragscode vaststellen waarvoor het CBP een verklaring afgeeft. Deze verklaring geeft een vermoeden van juistheid van, kort gezegd, de omgang met persoonsgegevens. Het College geeft een dergelijke verklaring als de gedragscode niet in strijd is met de wet en voldoet aan eisen die redelijkerwijs ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer kunnen worden gesteld.[137]

Twee van de onderzochte ISP's uit de bijlage verwijzen in hun algemene voorwaarden naar privacyverklaringen.[138] De andere ISP's hanteren ook privacyverklaringen en verwijzen daar naar op hun website(s) of zij nemen de bepalingen integraal op in hun algemene voorwaarden. In geen van deze gevallen is sprake van een gedragscode in de zin van art. 25 WBP. Het CBP toetst in beginsel geen individuele reglementen. Indien de normen van de WBP voor een hele sector of branche worden uitgewerkt, spreekt men van gedragscodes.[139] Een gedragscode kan een verplichtend karakter hebben, maar eventueel ook slechts aanbevelingen bevatten.[140] Organisaties die een gedragscode willen vaststellen, kunnen het CBP op grond van art. 25 WBP verzoeken te verklaren dat de daarin opgenomen regels een juiste uitwerking vormen van wetgeving over de verwerking van persoonsgegevens. Er staat nadrukkelijk 'kunnen', het blijft dus een vrije keuze. Voor burgers en organisaties kan het echter van belang zijn dat het CBP als toezichthouder heeft verklaard dat de opgestelde gedragscode aan de gestelde eisen voldoet. De branche vereniging van ISP's[141] kan besluiten om een privacygedragscode op te stellen voor de ISP-branche en proberen daarvoor een verklaring te verkrijgen van het CBP. Naast in het kader van de SER opgestelde algemene voorwaarden zou dit een mooi pakket voor de ISP vormen.

De inhoud van de door de onderzochte ISP's gehanteerde privacyverklaringen levert het volgende beeld op. Het beginsel vertrouwelijkheid speelt bij privacy een belangrijke rol, dit begrip kom ik dan ook veelvuldig tegen in de verschillende privacyverklaringen die ISP's hanteren. Het begrip veiligheid hangt nauw samen met privacy. In de door mij onderzochte privacyverklaringen wordt door de ISP's voornamelijk uitleg gegeven over wat zij onder privacy verstaan, wat het wettelijke kader is en welke gegevens de ISP bijhoudt en wat

136 Zie daarover de brochure *Gedragscodes, bescherming van persoonsgegevens door zelfregulering*, van het CBP, oktober 2002, te downloaden op <www.cbpweb.nl> (Brochure Gedragscodes 2002). Daarin staat dat gedragscodes zijn bedoeld om de verantwoordelijkheid voor de bescherming van persoonsgegevens binnen de samenleving te spreiden.

137 Deze elementen zijn in de MvT uitgewerkt, zie *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 892, nr. 1-3, p. 128-132.

138 Ook wel privacy-statement genoemd, zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel K. Privacy.

139 Aldus de Brochure Gedragscodes 2002, p. 7.

140 Aldus de Brochure Gedragscodes 2002, p. 14.

141 Nadat de NLIP is opgeheven is er een nieuw platform opgericht: ISPO, Internet Service Provider Overleg. Zie <www.ispo.nl>.

daarmee gebeurt of kan gebeuren. Met betrekking tot de privacybescherming verdienen de volgende gegevens aandacht: klantgegevens (naam, adres, woonplaats, rekeningnummer, telefoonnummer), inloggegevens (gebruikersnaam, wachtwoord), verbruiksgegevens c.q. verkeersgegevens (elke server waar een klant in-logt registreert gegevens over het verbruik, zoals het soort verbinding, het telefoonnummer, het IP-adres van de klant, de in- en uitlogtijd en de hoeveelheid informatie die verzonden wordt). De klantgegevens en inloggegevens worden door een ISP verzameld met als doel het uitvoeren van de overeenkomst: het verschaffen van de gevraagde internetdiensten en facturering. De verkeersgegevens verzamelt een ISP voor de interne bedrijfsvoering. Wat daar precies mee wordt bedoeld, is niet op te maken uit de privacyverklaringen en blijft daarom onduidelijk.

Doorverwijzen in algemene voorwaarden

In zekere mate is bij ISP's de 'gelaagde normstelling'[142] populair, dat wil zeggen er vindt in de algemene voorwaarden doorverwijzing naar andere documenten plaats. ISP's verwijzen in hun algemene voorwaarden veelvuldig door naar bovengenoemde gedragscodes. Dit roept bij mij de volgende vragen op:[143] wat is de status van verwijzing in algemene voorwaarden naar deze gedragscodes en welke waarde kan er worden gehecht aan de inhoud van deze gedragscodes? Indien gedragscodes worden gewijzigd, is dan vereist dat de ISP dat aan de klant meedeelt? Een ander punt bij de gelaagdheid is de leesbaarheid en begrijpelijkheid. Hieronder zullen wij op deze vragen voor de genoemde gedragscodes ingaan.

In de praktijk komt het regelmatig voor dat in algemene voorwaarden wordt doorverwezen naar andere algemene voorwaarden. Omdat een klant algemene voorwaarden meestal ongelezen aanvaardt, mag men niet te snel uitgaan van toepasselijkheid van de voorwaarden waarnaar wordt verwezen. Wessels en Jongeneel verdedigen op grond van de artt. 3:33 en 3:35 BW dat men in de regel moet uitgaan van niet-toepasselijkheid van de voorwaarden waarnaar wordt doorverwezen.[144] Loos is het niet eens met dit standpunt en acht de voorwaarden waarnaar een doorverwijzing plaats vindt wel toepasselijk.[145] Tegen onredelijk bezwarende bedingen in het doorverwezen pakket algemene voorwaarden geeft de inhoudelijke toetsing van art. 6:233 sub a BW een verweer. Tegen een gebrekkige mogelijkheid tot kennisname van de doorverwezen algemene voorwaarden biedt de vernietigingsgrond van art. 6:233 sub b BW uitkomst. De consument zal in de regel gemakkelijk met

142 Deze term heb ik ontleend aan de presentatie van C. Stuurman tijdens het symposium ISP-contracten en aansprakelijkheid op 11 september 2002. Voor een verslag van het symposium zie Siemerink 2003 A en B.

143 Zie ook Siemerink 2004 A, p. 12.

144 Wessels & Jongeneel 1997, p. 74-75.

145 Loos 2001, p. 19-20.

doorverwijzingen kunnen afrekenen door een beroep te doen op de informatieplicht van de ISP.[146]

Verwijzing in algemene voorwaarden naar andere algemene voorwaarden kan soms efficiënt zijn. In een procedure tussen de Rabobank en klant W achtte het Hof Arnhem het samenstel van verwijzingen waarmee de bank wijziging van de algemene voorwaarden wilde bewerkstelligen slechts begrijpelijk als alle voorwaarden naast elkaar worden gelegd.[147] Er was een incassobeding opgenomen via de algemene bankvoorwaarden en de bijzondere voorwaarden. Het hof overwoog dat deze wijze van hantering van leveringsvoorwaarden onvoldoende duidelijk is voor de wederpartij, mede gezien het feit dat naar de algemene bankvoorwaarden pas is verwezen geruime tijd nadat de vordering van de bank op de wederpartij was ontstaan. Belangrijk bij doorverwijzingen is daarom dat het ontstane geheel duidelijk en begrijpelijk moet zijn. De informatieplicht (artt. 6:233 sub b jo. 6:234 BW) geldt ook voor voorwaarden waarnaar in de oorspronkelijke algemene voorwaarden wordt verwezen. Aanvullende voorwaarden dienen dus te worden benaderd als algemene voorwaarden.

In de ISP-praktijk komt een doorverwijzing naar gedragscodes in algemene voorwaarden veel voor. Een klant dient de algemene voorwaarden te aanvaarden en op de ISP als gebruiker van de algemene voorwaarden rust een informatieplicht.[148] Deze plicht houdt in dat de ISP de klant een redelijke mogelijkheid moet bieden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. De door de ISP's gehanteerde gedragscodes kunnen niet zonder meer worden beschouwd als algemene voorwaarden. Dit brengt mee dat ze niet door de klant uitdrukkelijk hoeven te worden aanvaard. Echter, voor de gedragscodes geldt wel een informatieplicht.

Wanneer doorverwijzing plaatsvindt in algemene voorwaarden naar een gedragscode moet deze doorverwijzing duidelijk zijn.[149] De ISP die gedragscodes hanteert zal de klant daarom een redelijke mogelijkheid moeten bieden om van de gedragscodes kennis te nemen. De vraag is wanneer zo'n redelijke mogelijkheid elektronisch wordt geboden. In ieder geval moet er dan een gemakkelijk aan te klikken hyperlink zijn aangebracht.

Doorverwijzen naar Netiquette

Welke methode van verwijzing naar de Netiquette is een redelijke mogelijkheid voor elektronische raadpleging door de klant? Is bijvoorbeeld een enkele verwijzing in de algemene voorwaarden voldoende om van een redelijke

146 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.7.2.2 'Informatieplicht'.

147 Zie Hof Arnhem 19 oktober 1993, *TvC* 1994/1, 27-30, m.nt. J.G.J. Rinkes (W./Coöperatieve Rabobank B.A.)

148 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.7 'Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in ISP-overeenkomsten'.

149 Zie Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT1762, (HCC/Dell), r.o. 12, 65 en 77.

mogelijkheid tot kennisneming van de Netiquette te spreken? In de praktijk komen verschillende wijzen van verwijzing voor. In de eerste plaats het plaatsen van de Netiquette op de eigen website van de ISP, op een nieuwe pagina of op dezelfde pagina als de algemene voorwaarden. Deze vorm van verwijzing voldoet in de praktijk goed. Het risico voor het niet functioneren van de pagina's waarop de Netiquette staat komt vanzelfsprekend voor rekening van de ISP. Dat wordt niet anders indien een hyperlink naar een adres buiten de website wijst. Indien de gedragscode niet raadpleegbaar is langs deze weg, is de klant geen redelijke mogelijkheid geboden tot het kennis nemen van die gedragscode.[150] Het probleem rijst indien zonder meer naar 'de Netiquette' wordt verwezen, zonder dat daarbij een tekst of hyperlink is opgenomen. Er bestaan verschillende versies van de Netiquette, een ISP mag en kan de Netiquette immers zelf aanpassen[151] en de NLIP heeft een Nederlandse vertaling van de Netiquette laten maken. Het is dan de vraag naar welke versie de ISP verwijst. Doorverwijzing naar de Netiquette zonder duidelijke markering van versie, vermelding van datum en bron, is onvoldoende en kan ook bezwaarlijk worden tegengeworpen in de relatie met consumenten. Het document kan steeds van inhoud veranderen. Het noemen van een datum of versie van de Netiquette kan, naast het noemen van een vertaling en eventueel prioriteitsregel, dit probleem voorkomen. Van nieuwe versies alsmede nieuwe vertalingen moet de klant ook steeds op een redelijke wijze kennis kunnen nemen. Het gaat er om dat documenten met een juridische status op een bepaald moment beschikbaar moeten zijn of beschikbaar moeten worden gesteld. Voldoende lijkt een redelijke mogelijkheid van elektronische verwijzing tot raadpleging van de Netiquette door middel van een duidelijke hyperlink welke op het eigen systeem van de ISP is opgeslagen die door middel van het aanklikken van de hyperlink de desbetreffende tekst in het Nederlands voor de klant leesbaar maakt en de mogelijkheid bevat om de tekst te printen. Indien er nieuwe versies van deze Netiquette komen dient dat aan de klanten te worden medegedeeld met de mogelijkheid om op gemakkelijke wijze kennis te kunnen nemen van de nieuwe versie.

Doorverwijzen naar fair use c.q. acceptable use policy en privacyverklaring
Bij verwijzing naar fair use policies of acceptable use policies en eveneens bij verwijzingen naar privacyverklaringen ligt het weer net even anders omdat hier geen sprake is van een algemeen document als de Netiquette, maar een document dat specifiek door de ISP is opgesteld en daarmee meer een juridische status heeft. De sancties die gelden voor het niet voldoen aan deze policies zijn door ISP's integraal in de algemene voorwaarden opgenomen. De vraag is dan of deze policies niet ook integraal dienen te worden opgenomen in de algemene voorwaarden zelf of dat er een redelijke methode van verwijzing

150 De overeenkomst kan dan worden ontbonden, art. 6:277b lid 1 sub e jo. lid 5 BW.
151 Zie RFC 1855.

mogelijk is. Als er een fair use policy wordt gehanteerd dient de ISP daar in ieder geval naar te verwijzen, òf op zijn website, òf in de algemene voorwaarden met een duidelijke markering van versie, vermelding van datum en bron. Indien het bij deze policies gaat om gebruikersvoorwaarden van specifieke internetdiensten zou er in de artikelen in de algemene voorwaarden over de internetdiensten kunnen worden doorverwezen naar aanvullende voorwaarden maar daarbij dient dan te worden voldaan aan de vereisten die gelden als ware er sprake van een tweede pakket algemene voorwaarden waarnaar in de hoofdvoorwaarden wordt verwezen. Indien deze gebruikersvoorwaarden zo essentieel zijn, dat zij bijvoorbeeld een uitwerking geven van de kernbedingen, dan moeten ze onderdeel worden van de overeenkomst. Dergelijke policies dienen uitdrukkelijk te worden aanvaard door de klant. Het is bezwaarlijk een klant, zeker een consument, steeds te belasten met een telkens veranderend normenstelsel. In ieder geval moet de klant over de wijzigingen worden geïnformeerd en hem daarbij de mogelijkheid worden geboden afscheid te nemen van de betreffende ISP. Mij lijkt het daarom beter om gebruikersvoorwaarden zoals neergelegd in policies die verstrekkende gevolgen kunnen hebben voor de klant integraal in de algemene voorwaarden op te nemen. Indien de gebruikersvoorwaarden van zo algemene aard zijn als die in de Netiquette kan, net als bij de Netiquette, een duidelijke hyperlink die op het eigen systeem van de ISP is opgeslagen en leesbaar wordt voor de klant door middel van het aanklikken van de hyperlink met daarbij de mogelijkheid om de tekst te printen ook volstaan.

Doorverwijzen naar NLIP-gedragscode

Zoals hierboven bezien, bestaat er een branchespecifieke gedragscode, die ook weer een verwijzing bevat naar de Netiquette. Er ontstaat daarmee een gelaagde normstelling van drie lagen. Indien een ISP gedragscodes heeft aanvaard dient hij dit feit en de vindplaats van de gedragscodes te melden aan de aspirant-klant. Leden van de NLIP hadden de NLIP-gedragscode aangenomen en zouden dit moeten melden. Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat niet alle ISP's dat deden. Ook hier was sprake van een meer algemeen document. Wat toegankelijk maken betreft kon met een duidelijke hyperlink op de website naar de NLIP-gedragscode worden volstaan. Daarbij is het veiliger indien de ISP de NLIP-gedragscode op zijn eigen systeem opslaat dan wanneer hij linkt naar de NLIP-website.[152]

Concluderend kan worden gesteld dat ISP's veelvuldig verwijzen naar gedragscodes. Verwijzing vindt meestal plaats met behulp van een hyperlink in de elektronische algemene voorwaarden of een hyperlink op de website van de ISP. De leesbaarheid en begrijpelijkheid zijn hiermee niet gediend. De regels van gedragscodes beogen in het algemeen niet om regels te stellen die dezelfde

152 <www.nlip.nl>.

rechtskracht hebben als de regels in een overeenkomst. Indien de inhoudelijke betekenis van de gedragscodes verstrekkende gevolgen heeft voor de klant en dus wel beoogd wordt dat de regels dezelfde rechtskracht hebben als in de overeenkomst, bijvoorbeeld wanneer de ISP in de gedragscode verplichtingen aan de klant oplegt waaraan sancties zijn verbonden, moeten de bepalingen integraal in de algemene voorwaarden worden opgenomen dan wel door de klant worden aanvaard om bindende werking te krijgen. Opneming in de algemene voorwaarden voorkomt het probleem dat gedragscodes inhoudelijk conflicteren met de inhoud van de algemene voorwaarden. Indien er sprake is van een botsende inhoud tussen de algemene voorwaarden en een gedragscode geldt de inhoud van de algemene voorwaarden tenzij de gedragscode door de klant is aanvaard en de gedragscode daardoor als een tweede pakket algemene voorwaarden dient te worden beschouwd. Een rangordebepaling kan dan uitkomst bieden. Wanneer een gedragscode geen verstrekkende gevolgen heeft, bijvoorbeeld de Netiquette, dient een klant duidelijkheid te verkrijgen over wanneer een gedragscode van toepassing is, en zo ja waar deze te raadplegen is. Vermelding van een bron waar de gedragscode te raadplegen is en een datum zijn daarom noodzakelijk. Indien gedragscodes worden gewijzigd, is om die reden vereist dat de ISP dat aan de klant meedeelt.

4.3.3 Overige inhoud van de ISP-overeenkomst

Een beding in algemene voorwaarden kan vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de wederpartij gelet op de overige inhoud van de overeenkomst. Bij het element 'overige inhoud van de overeenkomst' valt te denken aan de overige bedingen van de algemene voorwaarden. Evenmin als andere contractuele afspraken zijn algemene voorwaarden steeds kristalhelder. Vertrekpunt bij de uitleg ervan is de algemene regel dat niet met een taalkundige uitleg kan worden volstaan: het komt aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de bepaling(en) mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.[153] De inhoud van een overeenkomst kan worden vastgesteld met behulp van de Haviltex-norm, volgens welke niet de letterlijke tekst van het beding doorslaggevend is, maar de zin die partijen daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kunnen toekennen.[154] Is de betekenis van het beding na toepassing van deze uitlegregel nog niet duidelijk, dan dient te worden uitgegaan van de meest consumentvriendelijke uitleg. De Hoge Raad heeft

153 Contra proferentem: opstellen van algemene voorwaarden door één partij kan bij twijfel meebrengen dat het voordeel daarvan de wederpartij wordt gegund (art. 6:238 lid 2 BW tweede zin).

154 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Ermes c.s/Haviltex). Zie ook Jongeneel 1991, p. 162.

echter ten aanzien van de uitleg van de bepalingen van een CAO een anders geformuleerde norm aanvaard: voor die uitleg zijn de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis.[155] Een belangrijk verschil is dat bij een CAO het probleem speelt van de rechtstreekse doorwerking van afspraken tussen werkgevers en vakbonden in de arbeidsovereenkomsten van de bij de vakbonden aangesloten werknemers. Dit betekent dat men voor de uitleg van de bepalingen van een CAO die rechtsstreeks doorwerken, geen gebruik kan maken van de Haviltex-norm omdat de individuele werknemer geen partij is bij de CAO en ook niet betrokken is geweest bij de totstandkoming daarvan. Tussen de Haviltex-norm en de CAO-norm bestaat geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang. Met betrekking tot algemene voorwaarden heeft de Hoge Raad geoordeeld dat ten aanzien van een beding in algemene voorwaarden, bij de totstandkoming waarvan slechts de gebruiker betrokken kan zijn en niet degene tegen wie die voorwaarden worden ingeroepen, in zijn algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard dat slechts de bewoordingen van de tussen partijen betwiste bepaling gelezen in het licht van de gehele tekst van deze algemene voorwaarden beslissend zijn, waarmee 'in zijn algemeenheid' de CAO-norm werd afgewezen.[156]

Wanneer een beding nog net toelaatbaar schijnt, kan een ander bezwarend beding het ten val brengen. Daartegenover kan een naar het schijnt onredelijk beding door een ander beding worden gered, maar dit kan in beginsel alleen ten aanzien van bedingen die met elkaar samenhangen. Kortom, het is van belang om de gehele inhoud van een overeenkomst nader te bestuderen. Beperkingen met betrekking tot hoofdverplichtingen (kernbedingen) zijn niet toegestaan. Bijvoorbeeld de eigenaar van een garderobe die zich niet aansprakelijk stelt voor verlies of diefstal, tast het karakter van de hoofdverplichting tot bewaarneming aan.

Duidelijkheid in algemene voorwaarden is daarom van belang. Het beginsel transparantie staat hierbij centraal. Duidelijkheid is in tweeërlei zin te verstaan: duidelijkheid in de formulering van de afzonderlijke bedingen en een duidelijke structuur in het geheel van de algemene voorwaarden zelf. Daarbij is de positie van de gebruiker van algemene voorwaarden, in dit geval de ISP, van belang. Duidelijkheid en eenvoud van bedingen is ook daarom belangrijk omdat men kan voorkomen dat de opgestelde bedingen frequent moeten worden gewijzigd.[157] Het is mogelijk dat een beding op zichzelf geen interpretatieproblemen oplevert, maar anderszins onduidelijk is voor consumenten.

155 HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 m.nt. PAS en HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174 m.nt. PAS. Zie ook HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. prof. mr. C.E. du Perron.

156 HR 30 november 2001, *Rechtspraak.nl*, LJN: AD5317 en HR 30 november 2001, *Rechtspraak.nl*, LJN: AD5318. Zie ook paragraaf 4.3.4 'De wijze waarop de algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen'.

157 Zie paragraaf 4.3.2.4 'Duurovereenkomst' en paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes'.

Zo stelt Loos dat een beding waarin wordt gesteld dat een bepaald wetsartikel niet van toepassing is, voor de consument in het algemeen geheimtaal zal zijn.[158]

4.3.4 De wijze waarop de algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen

Een beding in algemene voorwaarden kan vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de wederpartij gelet op de wijze waarop de algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen. Hierbij staan drie vragen centraal. Was er sprake van eenzijdige of meerzijdige onderhandelingen (in overleg met belangenorganisaties)? Is een beding uit de algemene voorwaarden uitdrukkelijk tussen partijen doorgesproken? Zijn de algemene voorwaarden van een derde afkomstig?[159] Algemene voorwaarden kunnen qua inhoud eenzijdig worden genoemd. De SER biedt de mogelijkheid om binnen het kader van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden (CCA) van de SER in overleg met consumentenorganisaties tot overeenstemming te komen over de inhoud van algemene voorwaarden.[160] Het gaat dan om tweezijdig tot stand gekomen algemene voorwaarden.[161]

Bij eenzijdig tot stand gekomen algemene voorwaarden (dat wil zeggen enkel op initiatief van een ondernemer of brancheorganisatie) bestaat geen enkele waarborg dat rekening is gehouden met de belangen van de wederpartij. Bij tweezijdig tot stand gekomen algemene voorwaarden bestaat in ieder geval het vermoeden dat dat wel is gebeurd. Het resultaat van het overleg zal in grote lijnen redelijk en evenwichtig zijn, maar het biedt geen garanties tegen het niet voorkomen van onredelijk bezwarende bedingen. Een rechter zal bij toetsing van de algemene voorwaarden wel rekening houden met het gevoerde overleg. Met tweezijdig samengestelde algemene voorwaarden alleen is men er niet, voor een goede consumentenbescherming is ook een snelle, goedkope en laagdrempelige vorm van geschillenbeslechting noodzakelijk.[162] De 'Algemene Voorwaarden voor Internet Providers' zouden in het kader van de SER tot stand komen.[163] Dit betekent dat er geen in samenwerking met belangenorganisaties tot stand gekomen algemene voorwaarden voor ISP's zijn

---

158 Loos 1998, p. 188.

159 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.7.2.2 'Informatieplicht'.

160 Zie <www.ser.nl>.

161 Bij tweezijdige algemene voorwaarden geeft de Consumentenbond haar actierecht op grond van art. 6:240 BW op.

162 Er is geen sprake van een onafhankelijke uitspraak bij geschillenbeslechting zoals die plaatsvond bij de NLIP. De NLIP die de belangen van Nederlandse ISP's behartigde, beslechtte tegelijkertijd geschillen tussen klanten en leden van de NLIP. Dat gaat mijns inziens niet samen. Zie ook bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel E. Geschillenbeslechting en toepasselijk recht en Buijs & Molenaar 2005.

163 Aangezien de NLIP op 21 april 2005 is opgeheven en niet meer deelneemt aan het algemene voorwaarden overleg met de SER en de Consumentenbond is er geen sprake meer van

op dit moment. Wij kunnen er van uit gaan dat alle algemene voorwaarden die ISP's hanteren in hun overeenkomsten met consumenten eenzijdig opgestelde algemene voorwaarden zijn. Daarbij kan er ook van uit worden gegaan dat een beding in algemene voorwaarden niet uitdrukkelijk tussen partijen wordt doorgesproken. Het komt voor dat algemene voorwaarden letterlijk van een derde worden overgenomen. Bij het praktijkonderzoek naar de algemene voorwaarden van ISP's ben ik dit niet tegengekomen.[164]

4.3.5 De wederzijds kenbare belangen van ISP en klant

Een beding in algemene voorwaarden kan vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de wederpartij gelet op de wederzijds kenbare belangen van partijen. Het blijkt dat de belangen van beide partijen vaak tegengesteld zijn en bij de toetsing aan art. 6:233 sub a BW in verschillende richtingen kunnen wijzen. Alleen die belangen die bij de contractsluiting al kenbaar waren voor de contractspartner kunnen een rol spelen. Centraal bij deze belangenafweging staat het meten en tegen elkaar afwegen van de specifieke belangen van de partijen bij de overeenkomst: wat is het belang van de gebruiker bij dit beding en wat is het belang van de wederpartij bij schrapping dan wel weglating van het beding?[165] Voorbeelden van belangen aan de kant van de wederpartij zijn: het behoud van de in (aanvullende) wetgeving vastgelegde positie, duidelijkheid omtrent zijn rechten en plichten, het metterdaad realiseren van het doel van de overeenkomst. Het gaat om de normale belangen van de gemiddelde klant zoals die zich bij een bepaalde soort van overeenkomst in de regel zullen voordoen. Tegenover de kenbare belangen van de wederpartij staan die van de gebruiker. Belangen aan de kant van de gebruiker zijn: rationalisering van een productieproces, vereenvoudiging van het arbeids- en administratieproces, vereenvoudiging contractbeheer en -bewaking in de zin van het simpel houden van het sluiten en afwikkelen van overeenkomsten (standaardisering van de overeenkomsten) en de competitieve vrijheid van strategie/bedrijfsvoering, beperken van de risico's van wanbetaling, niet of moeilijk verzekerbare risico's afwentelen op zijn klanten. Men kan hierbij ook denken aan het feit dat de gebruiker in sterke mate afhankelijk is van een

---

'Algemene voorwaarden voor Internet Providers'. De Consumentenbond is in mei 2005 wel weer een initiatief gestart om met ISP's in onderhandeling te treden over tweezijdige algemene voorwaarden en daaraan gekoppeld een geschillenregeling. Zie 'Internet Service Providers. Een enquête over de tevredenheid met en beoordeling van internet service providers', van de afdeling onderzoek Consumentenbond, d.d. 25 april 2005. Zie ook 'Consumentenbond dringt aan op algemene voorwaarden en geschillencommissie', persbericht Consumentenbond, d.d. 26 april 2005.

164 Het Net en Planet hanteren wel bijna identieke voorwaarden. Zij zijn beiden onderdeel van de Planet Media Group N.V.

165 Zie Wessels e.a. 2002, p. 14-15.

voorschakel, terwijl dat voor de wederpartij kenbaar is. Partijen hebben ook gemeenschappelijke belangen, anders sluiten ze geen overeenkomst. Hieronder maak ik daarom een onderscheid tussen de belangen van de ISP, de belangen van de klant en de gemeenschappelijke belangen.

De rechten en plichten van een ISP tegenover de rechten en plichten van een klant spelen bij de belangenafweging de centrale rol. Ten behoeve van beschikbaarheid verleent een ISP aansluiting op zijn systeem en probeert hij deze verbinding in stand te houden; een klant moet toegang tot het systeem mogelijk maken. De ISP verleent een gebruiksrecht op één of meer computerprogramma's, de klant dient de intellectuele eigendomsrechten op de hem ter beschikking gestelde computerprogramma's te respecteren. De ISP garandeert een bepaalde kwaliteit van de door hem aangeboden diensten en beheert een helpdesk ter ondersteuning van de klanten, de klant mag daarom zijn hoeveelheid schrijfruimte niet overschrijden, geen hinder en schade toebrengen, moet zorgvuldig gebruik maken van de diensten en moet gedragsregels in acht nemen. Daarnaast moet een klant wijziging in relevante gegevens meedelen en voldoen aan betalingsverplichtingen. De ISP dient zorg te dragen voor beveiliging en zich te onthouden van het inzien van bestanden van klanten, tenzij er sprake is van een wettelijke verplichting of een rechterlijke uitspraak. Hieruit blijkt dat de belangen van beide partijen vaak tegengesteld zijn en bij de toetsing van de inhoud in verschillende richtingen kunnen wijzen. Gemeenschappelijke belangen zijn beschikbaarheid en beveiliging.

4.3.6 De overige omstandigheden van het geval

Ten slotte kan een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de wederpartij gelet op de overige omstandigheden van het geval. Naast de omstandigheden die wij reeds in de voorgaande paragrafen met betrekking tot de inhoudelijke beoordeling van ISP-overeenkomsten hebben genoemd, verdienen de volgende omstandigheden aandacht.

4.3.6.1 Hoedanigheid van partijen

De mate van deskundigheid van partijen,[166] de eventuele bijstand door een deskundige derde,[167] de maatschappelijke positie van partijen,[168] de zwakke of sterke sociaal-economische positie van hen,[169] hun onderlinge verhou-

166 HR 8 maart 1991, *NJ* 1991, 396 (Staalgrit).
167 HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 583 m.nt. MMM (Liszkay/Harman).
168 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU) en HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Ermes c.s./Haviltex). Zie ook paragraaf 4.3.2.6 'Marktpositie'.
169 HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389 m.nt. CJHB (Matatag/De Schelde).

ding,[170] eventueel misbruik van machtpositie en de rechtskennis die partijen bezitten,[171] komen bij de beoordeling in aanmerking. Voor de inhoudscontrole van algemene voorwaarden is het van belang dat deze worden gehanteerd tegenover een consument. Als niet-professionele partij ontbreekt het een consument veelal aan kennis en deskundigheid om de precieze betekenis van een beding te kunnen doorgronden. Van een professionele partij mag worden verwacht dat hij op de hoogte is van zijn rechten en verplichtingen en dat hij deskundig is op het gebied waarop hij zijn beroep of bedrijf uitoefent, voor een consument geldt dat in mindere mate.

4.3.6.2 Bewust zijn strekking beding

Ook de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest kan een rol spelen bij de inhoudelijke beoordeling van een beding.[172] In algemene voorwaarden komen regelmatig bedingen voor die de wederpartij redelijkerwijs niet had hoeven te verwachten.[173] Dit worden verrassende bedingen genoemd, bedingen die zo ongewoon zijn dat de wederpartij met het bestaan ervan geen rekening hoefde te houden. Hierbij heeft de presentatie van het betreffende beding de aandacht. Bijvoorbeeld of de plaatsing van het beding in het geheel van de algemene voorwaarden logisch is, of het beding in begrijpelijke taal is opgesteld en of de lay-out overzichtelijk is.[174] Een verrassend beding kan via art. 6:233 sub a BW worden getoetst. Voorzover het beding wel verrassend is, maar niet onredelijk bezwarend, is er onvoldoende grond om het buiten toepassing te laten.[175] Het verrassende karakter alleen kan dus niet beslissend zijn.

4.3.6.3 Afwijking van regelend recht

In algemene voorwaarden wordt vaak afgeweken van het regelend (ook wel genoemd aanvullend) recht. Of een beding dat afwijkt van regelend recht onredelijk bezwarend is hangt af van tal van omstandigheden. Een gebruiker zal aannemelijk moeten maken dat er voor de afwijking een redelijke grond bestaat. In paragraaf 4.3.2.3 is duidelijk geworden dat de ISP-overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een gemengde overeenkomst: een overeenkomst van opdracht met daarbinnen eventueel overeenkomsten van koop en/of huur van zaken en het verstrekken van een licentieovereenkomst. Bij de toetsing van een beding zal eerst moeten worden vastgesteld welke wettelijke bepaling

170 HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389 m.nt. CJHB (Matatag/De Schelde) en HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU).
171 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Ermes c.s./Haviltex).
172 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU).
173 Zie ook paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes'.
174 Zie ook paragraaf 4.3.3 'Overige inhoud van de ISP-overeenkomst'.
175 Loos 2001, p. 21.

zonder het beding van toepassing zou zijn op de rechtsverhouding. Vervolgens zal moeten worden beoordeeld of, en zo ja, in hoeverre wordt afgeweken van die wettelijke regel. Pas dan kan aan de hand van de in art. 6:233 sub a BW genoemde omstandigheden worden beoordeeld of voor die afwijking een redelijke grond aanwezig is.

4.3.6.4 Overige omstandigheden

Naast alle bovengenoemde omstandigheden kunnen nog enkele omstandigheden een rol spelen bij de inhoudelijke beoordeling van ISP-overeenkomsten. De algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik komen bij de invulling van de open norm van art. 6:233 sub a BW in aanmerking. Dat geldt in het bijzonder voor beschikbaarheid en integriteit, maar ook voor authenticiteit en vertrouwelijkheid. Ook de aard van de door de ISP te leveren diensten is een relevante omstandigheid. Dit hangt in grote lijnen natuurlijk samen met de aard van de overeenkomst en de onderscheiden kernbedingen. Bij access kan het bijvoorbeeld anders liggen dan bij hosting, waar de ISP de rol van gastheer vervult.

4.3.7 Criteria inhoud algemene voorwaarden ISP-overeenkomsten

De opvatting dat art. 6:233 sub a BW als een lex specialis ten opzichte van art. 6:248 lid 2 BW moet worden beschouwd, is door de Hoge Raad verworpen in zijn arrest van 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112.[176] Ik citeer uit r.o. 3.7 slot:

> 'De rechtsgevolgen van deze bepalingen zullen met betrekking tot één feitencomplex niet naast elkaar kunnen worden ingeroepen (geen cumulatie). Niet valt evenwel in te zien op welke grond hier afgeweken zou moeten worden van het algemeen geldende uitgangspunt dat, indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, aan de gerechtigde de keuze is welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen of op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren. Nu de regeling van Titel 5, afdeling 3, Algemene voorwaarden, ertoe strekt de positie van de wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden te versterken, zou aan die strekking worden tekort gedaan indien de wederpartij zou zijn verstoken van een beroep op art. 6:248 lid 2. Ook het verschil in rechtsgevolgen – enerzijds nietigheid en anderzijds het niet van toepassing zijn van het beding – staat aan de hiervoor bedoelde keuzemogelijkheid niet in de weg, nu dit verschil voor de gebruiker van de algemene voorwaarden niet tot een onaanvaardbaar resultaat leidt.'

176 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112, m.nt. JH (Bramer/Colpro). Zie ook *Parl. Gesch.* Inv. boek 3, 5 en 6, p. 1621, De Graaf 2006, p. 6-11 en Hijma 2003, p. 39-40.

Art. 6:233 sub a BW ziet alleen op de inhoud van algemene voorwaarden, te beoordelen naar het moment voor of bij het sluiten van de overeenkomst en bepaalt dat een onredelijk bezwarend beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is. Toetsing op grond van art. 6:248 lid 2 BW is meer dan een inhoudstoetsing, het bepaalt dat een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het toepassingsgebied van art. 6:233 sub a BW en art. 6:248 lid 2 BW is overlappend voorzover omstandigheden die zich hebben voorgedaan voor of bij het sluiten van de overeenkomst voor de toetsing relevant zijn.[177] De toets van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid verschilt materieel niet van de onredelijk bezwarendheidstoets, maar is voor wat betreft de te toetsen omstandigheden naar zijn aard wel uitgebreider dan de onredelijk bezwarendheidstoets omdat ook omstandigheden die zich voordoen na de totstandkoming van de overeenkomst meewegen. Indien een consument zijn vordering baseert op art. 6:248 lid 2 BW, en de toetsing plaatsvindt op grond van dit artikel, blijven de zwarte en grijze lijst hun gewicht behouden.[178]

Om te beoordelen of een beding in een ISP-overeenkomst onredelijk bezwarend is voor de klant moet worden gekeken naar de omstandigheden van het geval ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Aangezien een ISP-overeenkomst een duurovereenkomst is spelen ook de omstandigheden die zich gedurende de overeenkomst voordoen een rol bij de beoordeling. Aan de hand van de bevindingen in dit hoofdstuk kom ik tot het opstellen van criteria waaraan een ISP-overeenkomst dient te worden getoetst voordat kan worden bepaald of sprake is van een onredelijk bezwarend beding. Het betreffende beding dient dan aan de volgende criteria te worden getoetst:

- betreft het een kernbeding;
- is er sprake van een B2C of B2B relatie;[179]
- staat het beding op zwarte of grijze lijst;
- zijn bepalingen uit de regeling van de overeenkomst van opdracht en/of koop/huur van toepassing;
- heeft het beding betrekking op de licentieovereenkomst;
- betreft het een specifiek geval van een duurovereenkomst (wijziging algemene voorwaarden, ontbinding, opzegging of opschorting);
- heeft het beding betrekking op een inspanningsverplichting of resultaatsverplichting;
- speelt de marktpositie van de ISP een rol;
- heeft het beding betrekking op gedragscodes;
- is het beding voldoende duidelijk geformuleerd;
- op welke wijze zijn de algemene voorwaarden tot stand gekomen;

177 Zie De Graaf 2006, p. 8.
178 Zie Hijma 2003, p. 39.
179 In dit onderzoek wordt alleen ingegaan op B2C relaties.

- wat zijn de wederzijds kenbare belangen bij het beding;
- welke overige omstandigheden van het geval kunnen nog een rol spelen?

Het is duidelijk dat de contractsvrijheid van een ISP wordt beïnvloed door het bovenstaande. Nu wij de criteria voor de inhoudelijke toetsing van ISP-overeenkomsten op een rij hebben is het interessant om na te gaan in hoeverre de praktijk aan de wet voldoet. In de volgende paragraaf wordt de ISP-overeenkomst aan de hand van het verkregen beeld in de bijlage van ISP-overeenkomsten in de praktijk aan de hierboven beschreven criteria getoetst. Hierbij staan de zwarte en grijze lijst centraal. De inhoudstoetsing vindt plaats op grond van art. 6:233 sub a BW. Wanneer omstandigheden die zich voor zouden kunnen doen na het sluiten van de overeenkomst relevant zijn, vindt de toetsing plaats op grond van art. 6:248 lid 2 BW. In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op de beëindiging van ISP-overeenkomsten. In hoofdstuk 6 gaan wij na of de door de ISP's gehanteerde exoneratiebedingen in algemene voorwaarden leiden tot redelijke en evenwichtige contractuele verhoudingen tussen ISP's en hun klanten. Bedingen die betrekking hebben op deze onderwerpen komen daarom in onderstaande paragraaf niet aan de orde.

4.4 Een beeld van de praktijk

In deze paragraaf worden aan de hand van de criteria die in paragraaf 4.3.7 zijn geformuleerd, de in de bijlage beschreven voorwaarden inhoudelijk getoetst. Ik bekijk of de door de ISP's gehanteerde algemene voorwaarden leiden tot redelijke en evenwichtige contractuele verhoudingen tussen ISP's en hun klanten. Daarbij wordt ook besproken welke rechtsgevolgen de vernietiging van een onredelijk bezwarend beding heeft voor de overige bepalingen van een ISP-overeenkomst. Bij de toetsing bespreek ik alleen die criteria die een rol spelen bij de beoordeling van het betreffende beding. Het uitgangspunt is de B2C markt, ik richt mij op de consument als klant van de ISP. Daarbij ga ik er ook van uit dat de algemene voorwaarden eenzijdig door de ISP zijn opgesteld. De wijze waarop de algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen, komen in de onderstaande beschrijvingen niet meer aan de orde.[180] Eerst bespreek ik in paragraaf 4.4.1 de mogelijk zwarte bedingen, vervolgens in paragraaf 4.4.2 de bedingen die naar mijn oordeel in de grijze categorie thuishoren en in paragraaf 4.4.3 de overige (onredelijk bezwarende) bedingen. In paragraaf 4.4.4 ga ik tot slot in op de gevolgen van een onredelijk bezwarend beding.

180 Zie paragraaf 4.3.4 'De wijze waarop de algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen'.

4.4.1 Zwarte bedingen in ISP-overeenkomsten

In deze paragraaf worden de ISP-overeenkomsten aan de zwarte lijst getoetst. In de onderzochte algemene voorwaarden ben ik geen bedingen tegengekomen waarbij de klant geheel en onvoorwaardelijk het recht wordt ontnomen de door de ISP toegezegde prestatie op te eisen (art. 6:236 sub a BW). Art. 6:236 sub b en c BW hebben betrekking op uitsluiting c.q. beperking van het ontbindingsrecht respectievelijk uitsluiting c.q. beperking of uitbreiding van opschortingsrechten. Art. 6:236 sub j BW heeft betrekking op de stilzwijgende verlenging van de overeenkomst. Deze bedingen komen aan de orde in hoofdstuk 5 'Beëindiging van ISP-overeenkomsten'. Art. 6:236 sub h BW heeft betrekking op vrijwaringsbedingen en komt aan de orde in hoofdstuk 6 'Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten'. Genoemde artikelen worden in dit hoofdstuk daarom buiten beschouwing gelaten. Daar waar ik tot de conclusie kom dat de onderzochte bedingen niet op grond van de zwarte lijst onredelijk bezwarend zijn, bekijk ik of het betreffende beding mogelijkerwijs op grond van art. 6:233 sub a BW onredelijk bezwarend is dan wel op grond van art. 6:248 lid 2 BW niet van toepassing is.

4.4.1.1 Beoordeling tekortkoming ISP: art. 6:236 sub d BW (subjectief criterium)

Art. 6:236 sub d BW richt zich tegen twee soorten bedingen. Ten eerste bedingen waarbij de ISP de beoordeling van de vraag of in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten naar zich toe trekt. Ten tweede bedingen die de klant verplichten eerst een derde in rechte aan te spreken alvorens hij zich ter zake van niet-nakoming tot de ISP kan wenden. Het is van evident belang dat de uitoefening van rechten ter zake van niet-nakoming niet op de aangegeven wijze van de instemming van de ISP afhankelijk worden gemaakt. Een klant dient in staat te zijn het twistpunt aan een onpartijdige derde te kunnen voorleggen.[181] In algemene voorwaarden komt men formuleringen tegen zoals:

> '… indien naar het oordeel van … (gebruiker) …, dan …'

Zo'n subjectief criterium is volgens Wessels en Jongeneel eigenlijk altijd verdacht.[182] Vaak gaat het over het oordeel betreffende de wijze waarop de gebruiker zijn verplichtingen kan nakomen, zodat het beding dan niet valt onder art. 6:236 sub d BW eerste geval. Het gaat dan immers niet over de vraag *of* de gebruiker zijn verplichtingen al dan niet nakomt. Een subjectief criterium zal echter vaak wel in strijd zijn met de open norm van art. 6:233 sub a BW,

181 Is het beding zo geformuleerd dat het (ook) de bewijspositie van de wederpartij aantast, dan kan het (tevens) vallen onder art. 6:236 sub k BW.

182 Zie Wessels & Jongeneel 1997, p. 142-144.

waarbij het feit dat het beding sterk lijkt op de in art. 6:236 sub d (eerste geval) bedoelde bedingen een zekere reflexwerking zal meebrengen.[183] Er zijn echter bevoegdheden die men in volkomen vrijheid mag uitoefenen; tegen een subjectief criterium bestaat dan geen bezwaar. De in art. 6:236 sub d BW bedoelde derde kan zijn de producent van een zaak of van een onderdeel ervan, een onderaannemer of een andere hulppersoon in de zin van art. 6:76 BW.

In sommige onderzochte algemene voorwaarden is sprake van een subjectief criterium: 'naar het redelijk oordeel van de ISP'.[184] Dan dient te worden bezien of het in het beding ook gaat over de vraag of de ISP zijn verplichtingen al dan niet nakomt. De verplichtingen van een ISP kunnen als volgt worden samengevat: verlenen van aansluiting op het systeem, tot stand brengen en in standhouden van de verbinding, zorgen voor beveiliging en een zekere kwaliteit garanderen.[185] Een beding acht ik niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub d BW, eerste geval, wanneer het beding wel betrekking heeft op de inhoud van de verplichtingen van de ISP, maar niet specifiek op het tekortschieten in het nakomen van deze verplichtingen. Het beding geeft bijvoorbeeld een oordeel over *hoe* de ISP zijn verplichtingen nakomt. Een ISP dient de mogelijkheid te hebben bepaalde maatregelen te nemen om aan zijn verplichtingen te kunnen blijven voldoen indien er klanten zijn die zich niet zorgvuldig gedragen. De klanten mogen bijvoorbeeld niet hacken en spammen omdat daardoor een gevaar kan ontstaan voor het functioneren van het netwerk van de ISP, en de ISP zodoende zijn verplichtingen niet meer kan nakomen.

Art. 16 lid 6 van de algemene voorwaarden van Chello luidt als volgt:

> 'Indien de klant handelt in strijd met het bepaalde in bovenstaand artikellid, dan kan UPC, al dan niet na sommatie of op last van de bevoegde autoriteiten, of indien zij daartoe, al dan niet in rechte, wordt aangesproken, te harer keuze de door de klant via chello Service verspreide informatie van haar netwerk of computersystemen verwijderen, het dataverkeer van de klant beperken of de identiteit van de klant prijsgeven, onverminderd de rechten die UPC heeft op grond van artikel 21. Voorzover mogelijk en toegstaan zal UPC de klant voorafgaand aan het treffen van maatregelen daarvan in kennis stellen.'

In dit artikel is sprake van een subjectief criterium: 'te harer keuze'.[186] Het gaat hier echter niet om de vraag of de ISP al dan niet zijn verplichtingen nakomt, maar om de vraag of de klant in het nakomen van zijn verplichtingen c.q. gedragsregels is tekortgeschoten. Art. 6:236 sub d BW is daarom niet van toepassing. Indien de klant zich niet gedraagt conform de gedragsregels zoals

183 Zie Jongeneel 1991, p. 226-227.
184 Zie bijvoorbeeld bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.
185 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.
186 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.

neergelegd in art. 16 lid 5 van de algemene voorwaarden van Chello, dan kan Chello bepaalde sanctiemaatregelen nemen.[187] Hier is sprake van een sanctiebepaling waarbij het prijsgeven van de identiteit van de klant een duidelijk zwaardere sanctie is dan informatie verwijderen of dataverkeer beperken. Dat de ISP te zijner keuze een bepaalde sanctie oplegt acht ik niet onredelijk bezwarend omdat deze het oog heeft op het – mede ten aanzien van andere klanten – behoorlijk functioneren van het systeem. Daarbij komt, dat de ISP de klant van de opgelegde sanctie behoort in kennis te stellen. Daarbij dient dan ook de reden voor het opleggen van de sanctie te worden vermeld. Dit laatste blijkt niet duidelijk uit genoemd beding. Indien de ISP geen reden opgeeft voor het verwijderen van de informatie of het beperken van het dataverkeer is dit in strijd met de kernbedingen access en hosting. Het prijsgeven van de identiteit van de klant in het kader van een strafvorderingsonderzoek is een bijzondere omstandigheid waarbij het soms niet is toegestaan en daarom onmogelijk is om de klant voorafgaand aan het treffen van de maatregel in kennis te stellen. Ook kan het op grond van technische omstandigheden niet mogelijk zijn om een klant voorafgaand aan een op te leggen sanctie daarvan in kennis te stellen. In alle andere gevallen dient de ISP de klant van de te treffen maatregelen vooraf in kennis te stellen. Het niet vooraf in kennis stellen acht ik onredelijk op grond van art. 6:248 lid 2 BW.

In art. 8 van haar ledenovereenkomst heeft Compuserve een subjectief criterium opgenomen: 'naar het redelijk oordeel van'.[188] Uit de overige inhoud van art. 8 van de algemene voorwaarden van Compuserve blijkt dat zij enkele voorbeelden van contractbreuk van ernstige aard weergeeft, waardoor het criterium 'naar het redelijk oordeel van' minder subjectief is. Hier gaat het zoals ook in het geval van Chello om verplichtingen van de klant; art. 6:236 sub d BW is daarom niet van toepassing. Uit dit beding kan echter worden opgemaakt dat de sanctie zonder waarschuwing vooraf aan de klant kan worden opgelegd en dat er geen reden voor het opleggen van de sanctie hoeft te worden genoemd. Een ISP heeft een meldingsplicht voor het opleggen van sancties, omdat zonder voorafgaande melding maatregelen nemen in strijd is met de kernbedingen van een ISP-overeenkomst. Ook dient een ISP een reden op te geven waarom hij een bepaalde sanctie oplegt. Het beding van Compuserve is daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar op grond van art. 6:248 lid 2 BW.

Negen van de onderzochte ISP's hebben een weigeringsbeding in hun algemene voorwaarden opgenomen.[189] Hiermee geven zij aan een klant om

187 Juridisch gezien is UPC de gebruiker van de algemene voorwaarden welke van toepassing zijn op de Chello service. In de volksmond heet deze ISP Chello en gemakshalve gebruik ik deze naam daarom ook.

188 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.

189 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel B. Kopje 'algemeen', onder 'Totstandkoming overeenkomst'.

hem moverende redenen te kunnen weigeren. In de weigeringsbedingen ben ik subjectieve criteria tegengekomen. Bijvoorbeeld in art. 2 lid 2 van de algemene voorwaarden van XS4ALL en in art. 4 lid 5 van de algemene voorwaarden van Planet. Het is de vraag of de ISP met dit beding de zorg van een goed opdrachtnemer wel in acht neemt. Opmerkelijk is dat Planet Internet geen duidelijkheid geeft over wat de weigeringsgronden kunnen zijn, zij kan dat geheel zelf bepalen: 'om haar moverende redenen'. Een opsomming van de weigeringsgronden die de ISP hanteert zou de klant meer duidelijkheid verschaffen. Bovendien verklaart Planet Internet ook dat zij niet verplicht is om een verklaring te geven omtrent de reden van weigering. Contractsvrijheid brengt mee dat een ISP zelf kan bepalen met wie hij overeenkomsten sluit en met wie niet. Een weigeringsbeding op zich is daarom niet onredelijk bezwarend indien echter de weigeringsgronden kenbaar zijn of kenbaar worden gemaakt voor de klant. Het beding acht ik onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW als daarvan geen sprake is. ISP's dienen in hun algemene voorwaarden een opsomming te geven van de weigeringsgronden of bij weigering de gronden kenbaar te maken. De gronden die zij hanteren dienen bovendien redelijke gronden te zijn. Iemand weigeren indien het aannemelijk is dat deze aspirant-klant zich niet zal houden aan de bepalingen in de algemene voorwaarden en gedragsregels acht ik gegrond. Dit zou bijvoorbeeld vooraf kunnen worden beoordeeld aan de hand van een opgestelde zwarte lijst.[190] Als een ISP een aspirant-klant weigert, komt er geen overeenkomst tot stand. Als er geen overeenkomst is, dan zijn de algemene voorwaarden niet van toepassing op de overeenkomst. Het is daarom noodzakelijk dat de weigeringsgronden voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst voor de aspirant-klant kenbaar worden, bijvoorbeeld door de weigeringsgronden op de website te vermelden in plaats van in de algemene voorwaarden.

De hierboven bedoelde zwarte lijst is een waarschuwings- of signaleringslijst. Zwarte lijsten kunnen bepaalde mensen uitsluiten van bepaalde producten, diensten of voorzieningen.[191] Het doel van een zwarte lijst is te kunnen beschikken over gegevens waarvan een organisatie meent dat ze noodzakelijk zijn voor een goede beoordeling van de persoon waarmee een overeenkomst

190 Bij de NLIP heeft men wel eens overwogen om een dergelijke zwarte lijst op te stellen. De problemen die zich daarbij voordoen zijn: aan de hand van welke criteria kan iemand op de zwarte lijst komen, wie krijgt inzage in deze lijst en wanneer wordt iemand weer van de lijst gehaald. Aangezien men deze problemen (nog) niet heeft weten op te lossen is er naar mijn weten (nog) geen zwarte lijst van klanten beschikbaar. Zwarte lijsten staan volop in de belangstelling als wapen tegen fraude en wangedrag van klanten en personeel. Het CBP heeft een themadossier 'Zwarte lijsten' opgesteld aan de hand van een aantal publicaties en uitspraken van het CBP. Zie: <www.cbp.nl>.

191 Luchtvaartmaatschappijen hanteren bijvoorbeeld een zwarte lijst voor agressieve reizigers. Verzekeraars hebben een register voor fraudeurs (klanten of personeel), het zogenaamde incidentenregister. Geldschieters kunnen contact opnemen met het bureau kredietregistratie (BKR) om de kredietgegevens van een aspirant-klant op te vragen ter overweging of ze met de desbetreffende persoon in zee zullen gaan. Zie: <www.bkr.nl>.

zal worden aangegaan. Op zwarte lijsten is de WBP van toepassing. In de ISP-markt kan er een gerechtvaardigd belang zijn bij het gebruik van zwarte lijsten. De centrale vraag is hoe het belang van de organisatie zich verhoudt tot de consequenties van plaatsing op de lijst voor een individu. Het vergrijp of wangedrag moet zo ernstig zijn dat plaatsing gerechtvaardigd is. Op economische gronden mag een ISP selecteren, een aspirant-klant mag worden geweigerd op grond van weigering om een incasso-machtiging te tekenen, dit betreft immers de bedrijfsvoering van een ISP. Marktwerking brengt met zich mee dat selectie mogelijk is op grond van economische redenen. Vooruitbetaling door de klant is bijvoorbeeld een reden voor de ISP om minder selectief te zijn, vooruitbetaling biedt de ISP immers al enige zekerheid. Ook kan de wijze van gebruik van de diensten die voortvloeien uit de ISP-overeenkomst – bijvoorbeeld het zich herhaaldelijk niet houden aan gedragscodes en Netiquette – een grond zijn om een aspirant-klant te weigeren.

4.4.1.2 Toestemming voor schuld- of contractsoverneming: art. 6:236 sub e BW

Art. 6:236 sub e BW acht een beding onredelijk bezwarend dat de ISP toestemming geeft om de verplichtingen uit de overeenkomst op een derde te doen overgaan door een schuld- en contractsoverneming, zoals geregeld in afdeling 6.2.3 BW.[192] Deze bepaling wil voorkomen dat de wederpartij onverwacht met een derde blijkt te hebben gecontracteerd, die de wederpartij om redenen van kredietwaardigheid, betrouwbaarheid of anderszins niet als contractpartij zou hebben geaccepteerd. Dit verbod is relatief aangezien art. 6:236 sub e BW een drietal uitzonderingen toelaat:

> 'Tenzij de wederpartij te allen tijde de bevoegdheid heeft de overeenkomst te ontbinden, of de gebruiker jegens de wederpartij aansprakelijk is voor de nakoming door de derde, of de overgang plaatsvindt in verband met de overdracht van een onderneming waartoe zowel die verplichtingen als de daartegenover bedongen rechten behoren.'

Art. 10 van de ledenovereenkomst van Compuserve heeft betrekking op de overdracht van verplichtingen en rechten van de ISP.[193] De in art. 6:236 sub e BW genoemde uitzonderingen staan echter niet in het beding vermeld. Compuserve bepaalt in art. 8 van haar algemene voorwaarden dat de klant op elk moment op welke grond dan ook de overeenkomst kan beëindigen, weliswaar met inachtneming van een opzegtermijn van dertig dagen.[194] Mocht het tot een geschil komen omtrent het beding in art. 10 dan is de genoemde wettelijke uitzondering dat de wederpartij te allen tijde de bevoegd-

192 Zie Wessels & Jongeneel 1997, p. 145-147.
193 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.
194 Zie hoofdstuk 5 'Beëindigen van ISP-overeenkomsten'.

heid heeft de overeenkomst te ontbinden mijns inziens op het beding van toepassing en hoeft de klant de termijn van dertig dagen niet in acht te nemen. Uit de bepaling 'te allen tijde' maak ik op dat deze uitzondering van dwingend recht is.[195] Men is niet verplicht om de wet over te schrijven in zijn algemene voorwaarden en te bepalen dat de wederpartij in dit geval een ontbindingsbevoegdheid heeft, het beding van Compuserve is zodoende niet onredelijk bezwarend. ISP's doen er echter wel verstandig aan om in verband met de duidelijkheid een ontbindingsbevoegdheid uitdrukkelijk in hun algemene voorwaarden op te nemen. De bepaling in het beding van Compuserve, dat het zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van CIS voor de klant niet is toegestaan om zijn rechten en plichten onder de overeenkomst over te dragen of daar afstand van te doen, is mijns inziens redelijk, omdat de gebruiker van de voorwaarden, in dit geval Compuserve, zijn oordeel moet kunnen geven over de overdracht of afstand door een klant.[196]

@Home heeft een beding over overdracht in haar algemene voorwaarden opgenomen in art. 18 lid 2.[197] Het beding is onvoldoende duidelijk geformuleerd omdat de in art. 6:236 sub e BW genoemde uitzonderingen niet in het beding staan vermeld en ook niet uit de overige inhoud van de algemene voorwaarden kunnen worden opgemaakt. Dat laatste is bij de algemene voorwaarden van Compuserve wel het geval. Er is bij @Home echter sprake van overdracht van rechten en verplichtingen aan een groepsmaatschappij. Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden (art. 2:24b BW). Er is zodoende geen sprake van overdracht aan een derde, die als onafhankelijke buitenstaander is te beschouwen.

Uit het beding in art. 18 sub c van de algemene voorwaarden van Vuurwerk zou kunnen worden opgemaakt dat de overgang van de rechten en verplichtingen plaatsvindt in verband met de overdracht van een onderneming waartoe zowel die verplichtingen als de daartegenover bedongen rechten behoren.[198] Er is dan sprake van één van de genoemde uitzonderingen in art. 6:236 sub e BW die door de ISP expliciet wordt verwoord in de algemene voorwaarden. Het beding acht ik daarom niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub e BW.

---

195 Deze woorden brengen volgens Wessels en Jongeneel tot uitdrukking dat de overeenkomst op elk door de wederpartij gewenst moment de bevoegdheid geeft de overeenkomst door ontbinding te beëindigen. Zie Wessels & Jongeneel 1997, p. 146.

196 Art. 6:236 sub e BW speelt bij dit beding overigens geen rol.

197 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

198 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

4.4.1.3 *Bevoegdheden en verweermiddelen bij schuld- of contractsoverneming: art. 6:236 sub f BW*

Art. 6:236 sub f BW heeft betrekking op de situatie dat de rechten van de ISP op een derde overgaan en bevat het verbod verweermiddelen en bevoegdheden van de wederpartij voor gevallen van overgang van rechten uit te sluiten of te beperken. Het enkele feit dat de vordering van de ISP op de derde overgaat, mag aan de bevoegdheden van de wederpartij geen afbreuk doen, aangezien anders de wederpartij ernstig benadeeld kan worden. Bij de bespreking van art. 6:236 sub e BW is ingegaan op bedingen uit de algemene voorwaarden van Compuserve, @Home en Vuurwerk. In de daar genoemde bedingen hebben Compuserve, @Home en Vuurwerk het ook over het overdragen van hun rechten aan een derde. Deze bedingen strekken echter niet tot het uitsluiten of beperken van bevoegdheden of verweermiddelen die de klant volgens de wet jegens die derde zou kunnen doen gelden. Deze bedingen zijn daarom niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub f BW.

4.4.1.4 *Verkorting verjarings- of vervaltermijn: art. 6:236 sub g BW*

Art. 6:236 sub g BW heeft betrekking op bedingen die een wettelijke verjaringstermijn in een kortere verjaringstermijn of een wettelijke vervaltermijn in een kortere vervaltermijn omzetten. Slechts vier van de onderzochte ISP's hebben een verval- en/of verjaringstermijn in hun algemene voorwaarden opgenomen.[199] Geen van de verjarings- en vervaltermijnen die ik ben tegengekomen bij de onderzochte ISP's zijn korter dan een jaar en daarom zijn zij niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub g BW.

4.4.1.5 *Prijsverhoging: art. 6:236 sub i BW*

Art. 6:236 sub i BW richt zich op prijsverhogingsbedingen en beoogt op dit gebied bescherming aan de consument te bieden. Niet de bevoegdheid tot prijsverhoging als zodanig wordt verboden, omstandigheden kunnen immers meebrengen dat een prijsverhoging redelijk en billijk is.[200] De bescherming is gericht tegen de onbeperkte gebondenheid van de consument aan een gewijzigde overeenkomst. Indien bijvoorbeeld de prijs binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst wordt verhoogd, heeft de consument de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden. Krijgt de consument deze bevoegdheid niet van de gebruiker van de algemene voorwaarden, dan is het beding vernietigbaar. Daarnaast wordt aan de consument bescherming geboden door de TW. Ook hier is de bevoegdheid tot prijsverhoging als zodanig niet verboden. Op grond van art. 7.2 TW rust op de ISP een informatieplicht en

199 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel F. Varia.
200 Zie paragraaf 4.3.2.4 'Duurovereenkomst'.

leveren eenzijdige prijsverhogingen de consument een grond tot kosteloze beëindiging van de overeenkomst op.[201] Beëindiging kan zowel geschieden door opzegging als door ontbinding.[202]

In de meeste algemene voorwaarden van de vijftien onderzochte ISP's ben ik prijsverhogingsbedingen tegengekomen.[203] In de prijsverhogingsbedingen wordt door de ISP's bepaald dat bij een prijsverhoging de klant de mogelijkheid heeft om de overeenkomst op te zeggen. Deze bedingen zijn daarom niet onredelijk bezwarend.

Demon biedt bijvoorbeeld in art. 9 lid 4 de klant bij een prijswijziging de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden. In dit beding is geen sprake van uitsluiting van ontbinding, maar wordt ontbinding beperkt in die zin, dat het uitsluitend voor het intreden van de wijziging mogelijk is.[204] Het kiezen van een ontbindingsmoment kan niet naar willekeur geschieden, maar moet aansluiten bij de belangen van zowel de klant als de ISP. Demon bepaalt dat een prijswijziging in werking treedt veertien dagen na de kennisgeving aan de klant. Zodra de klant in kennis wordt gesteld van de prijswijziging heeft hij op grond van dit beding het recht om de overeenkomst voor het intreden van de wijziging te ontbinden. De ontbinding zal dan gelden vanaf het moment dat de prijswijziging in werking gaat, dus veertien dagen na kennisgeving van de prijswijziging aan de klant. De ontbindingsgrond is gelegen in de prijswijziging. Dit beding is onredelijk bezwarend voor de klant omdat Demon niet voldoet aan de termijn van vier weken zoals bepaald in art. 7.2 TW.

4.4.1.6 Bewijsbedingen: art. 6:236 sub k BW

Art. 6:236 sub k BW richt zich op bewijsafspraken en maakt een onderscheid tussen een tweetal bedingen. Ten eerste bedingen die de bevoegdheid van de consument om bewijs te leveren uitsluiten of beperken. Ten tweede bedingen die de bewijslast ten nadele van de consument wijzigen. Onredelijk bezwarend zijn een overeenkomst die elke bewijslevering door de wederpartij uitsluit, een overeenkomst die de wederpartij de mogelijkheid ontneemt bepaalde bewijsmiddelen te bezigen, en het beperkende beding dat de wederpartij slechts de bevoegdheid geeft om bewijs te leveren gedurende een zekere periode, bijvoorbeeld na ontvangst van een prestatie of na ontdekking van de ondeugdelijkheid daarvan. Beoogd is echter niet elke afwijking van de wettelijke

---

201 Zie Huisjes 2005.

202 Zie hoofdstuk 5 'Beëindiging van ISP-overeenkomsten'.

203 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel D. Vergoedingen en betalingen en paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onder 'Beheer'.

204 De ontbindingsbevoegdheid neergelegd in dit beding heeft geen betrekking op een tekortkoming in de nakoming door de ISP, art. 6:236 sub b BW is daarom niet van toepassing. Zie hoofdstuk 5 paragraaf 5.3.3.1 'Uitsluiting/beperking ontbindingsrecht: art. 6:236 sub b BW'.

bewijslast ten nadele van de consumenten te verbieden. In meerdere onderdelen van de algemene voorwaarden die de vijftien onderzochte ISP's hanteren ben ik bewijsbedingen tegengekomen.

Planet bepaalt bijvoorbeeld:[205]

> '10.9 Uitsluitend de logfiles en administratie van Planet Internet leveren het bewijs ter zake van de overschrijding van de hoeveelheid dataverkeer en zijn bepalend.'

Chello (art. 13 lid 7) en Het Net (art. 9 lid 8) hebben een zelfde beding in hun algemene voorwaarden opgenomen. Hier is sprake van bedingen die de bevoegdheid van de klant om bewijs te leveren uitsluiten. Deze bedingen zijn onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub k BW, omdat er geen tegenbewijs mogelijk is.

Met betrekking tot de vergoedingen en betalingen heeft Chello bijvoorbeeld een redelijk bewijsbeding (tegenbewijs door de klant is mogelijk) in haar algemene voorwaarden opgenomen.[206] Dit beding betreft een uitwerking van een kernbeding, te weten de prijs die de klant moet betalen.

Bij sommige ISP's betreft het bewijsbeding een zogenaamde boekenclausule, een beding over de geldigheid van de financiële administratie.[207] Wanneer een organisatie de mogelijkheid voor het leveren van tegenbewijs niet uitsluit is zo'n beding toegestaan. Wij kunnen hier een vergelijking maken met de algemene bankvoorwaarden.[208] In art. 11 is daar het volgende over de bewijskracht van de bankadministratie geregeld:

> 'Tegenover de cliënt strekt een door de bank getekend uittreksel uit haar administratie tot volledig bewijs, behoudens door de cliënt geleverd tegenbewijs.'

Zolang in het beding aan een klant uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt gegeven om tegenbewijs te leveren is een dergelijk beding redelijk. Wanneer men deze bewijskwestie bovendien op een praktische manier bekijkt, dan zal het voor een consument moeilijk worden om te bewijzen dat hij niet X, maar Y aantal uren op het internet online is geweest.[209] Bewijs door middel van elektronische middelen, in dit geval de in-log-gevens op de server van de ISP, is hier de meest reële optie. Vaak levert een ISP gratis elektronische 'tools' mee zodat de consument zijn online uren zelf kan bijhouden. Overigens kan bij

---

205 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Homepage'.

206 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel D. Vergoedingen en betalingen.

207 Zie Wessels & Jongeneel 1997, p. 161.

208 De algemene bankvoorwaarden zijn in september 1995 tot stand gekomen in overleg tussen de Nederlandse Vereniging van Banken en de Consumentenbond in het kader van de SER.

209 De consument zal er niet snel aan denken om een zandloper naast zijn computer te zetten, zodat hij kan controleren of de hoeveelheid in rekening gebrachte telefoontikken wel kloppen. En zelfs als hij dat wel doet is het nog maar de vraag of dit nu bewijs oplevert van de onjuistheid van de rekening van de ISP.

de meeste ISP's tegenwoordig tegen een vast bedrag per maand onbeperkt gebruik worden gemaakt van het internet en zal zich dit bewijsprobleem niet voordoen, tenzij er sprake is van een datalimiet.

4.4.1.7 Vorm en werking van verklaringen: art. 6:236 sub l BW

Art. 3:37 BW betreft de vorm en werking van verklaringen. Het bepaalt dat een verklaring in beginsel vormvrij is en dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring deze persoon moet hebben bereikt om werking te hebben.[210] Art. 6:236 sub l BW heeft betrekking op bedingen die afwijken van art. 3:37 BW inzake vorm en werking (moment van ontvangst respectievelijk rechtseffect van herroeping) van verklaringen, een tweetal uitzonderingen daargelaten.[211] Het beding mag betrekking hebben op de vorm van door de wederpartij af te leggen verklaringen of bepalen dat de ISP het hem door de wederpartij opgegeven adres als zodanig mag blijven beschouwen totdat hem een nieuw adres is meegedeeld. Het eisen van een bepaalde vorm kan voor de ISP redelijk en noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld in verband met de eisen die een massaal klantenbestand aan diens administratie stelt.

In de onderzochte algemene voorwaarden van de vijftien ISP's ben ik formuleringen tegengekomen in de trant van: 'zonder onze voorafgaande schriftelijke toestemming', en 'tenzij schriftelijk anders is overeengekomen'.[212] Dergelijke bedingen hebben als bezwarend gevolg dat een mondelinge verklaring van de ISP of diens gevolmachtigde achteraf ongeldig blijkt te zijn, hoewel de klant op de geldigheid ervan meende te kunnen vertrouwen.[213] Echter, een mogelijkheid waarbij het zich kan voordoen dat er sprake is van mondelinge verklaringen inzake een ISP-overeenkomst is enkel aanwezig bij een telefonische helpdesk, en daarmee weinig relevant. Een vormvoorschrift is wenselijk vanwege de bewijsvoering. Mondelinge welles-nietes situaties door raadpleging van een telefonische helpdesk kunnen hierdoor worden voorkomen. Indien wij ons specifiek op de ISP-markt richten dan is het daar gebruikelijk dat ISP's een schriftelijke vorm eisen, de klant wordt hierdoor ook beschermd. Het vormvereiste 'elektronisch' is ook een vereiste dat ik in de ISP-markt redelijk acht omdat in veel gevallen de ISP-overeenkomst elektronisch tot stand is gekomen.[214] Opmerkelijk is echter dat ik het vormvereiste 'elektronisch' niet ben tegengekomen in de onderzochte algemene voorwaarden terwijl het juist de ISP's zijn die gebruikmaking van het elektronische middel internet mogelijk maken. Het lijkt er op dat ISP's hun eigen diensten niet voldoende vertrouwen.

---

210 Zie ook hoofdstuk 3 'Totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.
211 Zie Wessels & Jongeneel 1997, p. 164-167.
212 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel B. Kopje 'algemeen'.
213 Een dergelijk beding verslechtert de bewijspositie van de consument. Zie Phoelich 2004, p. 13.
214 Zie bijlage paragraaf 3 'Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten'.

Een bepaling in de trant van 'klachten dienen schriftelijk en gemotiveerd te worden ingediend' is niet per definitie onredelijk bezwarend maar kan wel worden getoetst aan de open norm van art. 6:233 sub a BW.

4.4.1.8 Woonplaatskeuze: art. 6:236 sub m jo. 6:236 sub l BW

Art. 6:236 sub m BW stelt een grens aan in algemene voorwaarden opgenomen verplichtingen tot domiciliekeuze van een wederpartij. Behoudens twee uitzonderingen wordt de mogelijkheid dat een persoon een andere woonplaats kiest dan zijn werkelijke op grond van art. 1:15 BW verboden in het geval van een beding in algemene voorwaarden bij consumententransacties.[215] Ik ben in de onderzochte algemene voorwaarden geen onredelijk bezwarende bedingen tegengekomen op grond van art. 6:236 sub m BW.

4.4.1.9 Geschillenbeslechting: art. 6:236 sub n BW

Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat bijna alle ISP's Nederlands recht van toepassing verklaren op de ISP-overeenkomst en dat is gunstig voor de in Nederland gevestigde consument.[216] Naast de keuze voor het toepasselijke recht is het mogelijk om een forumkeuze te maken. Daarbij kan een keuze worden gemaakt tussen verschillende vormen van procedures, bijvoorbeeld een bindend advies procedure, arbitrage, of de gewone rechter.[217] Daarnaast spelen de kosten van een bepaalde procedure ook een belangrijke rol bij het maken van een forumkeuze. Art. 6:236 sub n BW stelt een grens aan afwijkingen van de relatieve en/of absolute competentie van de gewone rechter en aan het opnemen in algemene voorwaarden van bindend advies bedingen. Dergelijke bedingen zijn ongeoorloofd tenzij de wederpartij de bevoegdheid heeft om voor beslechting van een geschil door de gewone rechter te kiezen. Met dit artikel wordt gewaarborgd dat de wederpartij wanneer het geschil gerezen is de keuze heeft tussen de in de algemene voorwaarden voorziene wijze van geschillenbeslechting en de gewone civiele procedure. De ISP moet de wederpartij voor het maken van deze keuze een termijn van ten minste een maand gunnen, nadat de ISP zich daarop heeft beroepen, anders is de forumkeuze onredelijk bezwarend. Binnen die termijn moet de wederpartij zich ervan vergewissen of de bindend advies procedure in verband met de kosten, snelheid van de procedure en de deskundigheid van de adviseur(s) verkieslijker

215 De meeste ISP's bepalen in hun algemene voorwaarden dat zij het door de klant opgegeven adres als zodanig mogen blijven beschouwen totdat hen een nieuw adres is meegedeeld en voldoen daarmee aan de uitzondering van art. 6:236 sub l BW. Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel H. Verplichtingen van de klant, onder 'Wijzigingen in relevante gegevens meedelen'.

216 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel E. Geschillenbeslechting en toepasselijk recht.

217 Zie Hondius 2006.

is dan de gewone civiele procedure. De termijn begint te lopen op het tijdstip waarop de ISP zich schriftelijk jegens de wederpartij op het geschillenbeslechtingsbeding beroept. Art. 6:236 sub n BW heeft ook betrekking op bedingen die beslechting van geschillen opdragen aan de ISP of de NLIP waarvan de ISP lid was.

Art. 6:236 sub n BW heeft geen betrekking op arbitragebedingen. Er is echter een voorontwerp tot herziening van de Nederlandse arbitragewetgeving.[218] Een belangrijke wijziging die de voorontwerper voorstelt is een wijziging van art. 6:236 sub n BW: de plaatsing van een arbitraal beding op de zwarte lijst.[219] Onredelijk bezwarend zou worden een beding in een overeenkomst die voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn. De reden hiervoor is dat een consument als zwakkere partij niet blootgesteld moet worden aan de risico's van arbitrage, met hogere kosten en beperktere openbaarheid dan de gang naar de gewone rechter. Consumenten kunnen nu zonder dat zij het weten en tegen hun wil via een arbitraal beding in algemene voorwaarden, worden afgehouden van een beroep op de rechter die de wet hun toekent op grond van art. 17 GW. De voorontwerper acht bescherming van een consument hier noodzakelijk door plaatsing op de zwarte lijst. Wellicht dat expliciete instemming door de consument met een arbitrage beding, waarbij de consument wordt uitgelegd wat het arbitrage beding inhoudt en hij zodoende weet waar hij mee instemt, niet onredelijk bezwarend is.[220] In de onderzochte ISP-overeenkomsten ben ik echter geen arbitrage bedingen tegengekomen.

De meeste onderzochte ISP's vermelden de mogelijkheid om binnen ten minste een maand te kiezen voor het forum dat op grond van de wet bevoegd is expliciet in hun algemene voorwaarden. Bij geen van de onderzochte ISP's ben ik een bindend advies regeling in de algemene voorwaarden tegengekomen. Opvallend is dat Tiscali (art. 18 lid 4) de forumkeuze niet aan de klant laat, maar de keuze zelf maakt.[221] De vraag is of dit wel overeenstemt met art. 6:236 sub n BW. Daarbij speelt ook een rol of het beding voldoende duidelijk is geformuleerd. De artt. 99, 101, 108 en 110 RV bepalen welke rechter bevoegd is (relatieve competentie). Indien de ISP de gedaagde is, zijn dat zowel de rechter van de plaats waar de hoofdvestiging van Tiscali is gelegen (art. 99 lid 1 RV) als de rechter van de woonplaats van de consument (art. 101 RV). Echter, op grond van art. 108 RV hebben partijen keuzevrijheid om bij overeenkomst een rechter aan te wijzen voor de kennisneming van geschillen. Tiscali heeft van deze keuzevrijheid gebruik gemaakt en de keuze tussen twee rechters

218 Zie Snijders 2005, p. 1. Zie ook *TvA* 2005 special 'Voorstellen herziening Arbitragewet'.

219 Aanvankelijk was in het wetsvoorstel betreffende algemene voorwaarden het arbitraal beding opgenomen op de zwarte lijst.

220 Zie ook Van Hoogstraten 2005, p. 25.

221 Zie ook algemene voorwaarden HCCnet. Op de voorwaarden van HCCnet zijn de nodige aanmerkingen te maken, Phoelich stimuleert HCCnet daarom om meer aandacht te besteden aan haar algemene voorwaarden. Zie Phoelich 2004, p. 14.

aangegeven. De klant is daarmee voldoende beschermd, het beding acht ik niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub n BW.

Casema verwees in haar algemene voorwaarden in art. 18 naar de NLIP-geschillenregeling.[222] Casema doet er echter verstandig aan ook de mogelijkheid van een beroep op de rechter in haar algemene voorwaarden te vermelden. De NLIP- geschillenregeling zou onredelijk bezwarend kunnen zijn geweest op grond van het eerste geval van art. 6:236 sub d BW:[223] de ISP trekt de beoordeling van de vraag of er sprake is van tekortschieten in de nakoming van zijn verbintenis naar zich toe (subjectief criterium). Er was in deze regeling immers geen sprake van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De branchevereniging van de ISP's behartigde de belangen van ISP's en oordeelde tevens over geschillen tussen klanten en ISP's. Het ging hier over de vraag *of* de ISP zijn verplichtingen jegens een klant al dan niet nakwam. Welke vraag de ISP naar zich toetrok. Echter de NLIP-geschillencommissie gaf niet een beslissing in het geschil maar gaf alleen een bindend advies aan het betrokken NLIP-lid.[224] De NLIP-geschillenregeling was daarom niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub d BW, omdat de gang naar de rechter na beoordeling van het geschil door de NLIP-geschillencommissie open bleef.[225] De NLIP-geschillenregeling was daarom ook niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub n BW.

4.4.2 Grijze bedingen in ISP-overeenkomsten

In deze paragraaf worden de ISP-overeenkomsten aan de grijze lijst getoetst. In de onderzochte algemene voorwaarden ben ik geen bedingen tegengekomen waarin een de wederpartij volgens de wet toekomende bevoegdheid tot verrekening wordt uitgesloten of beperkt of de ISP een verdergaande bevoegdheid tot verrekening wordt verleend dan hem volgens de wet toekomt (art. 6:237 sub g BW). Evenmin zijn er bedingen aangetroffen waarbij voor de geldigheid van een door de klant te verrichten verklaring een strengere vorm dan het vereiste van een onderhandse akte wordt gesteld (art. 6:237 sub m BW) en ook geen bedingen waarin wordt bepaald dat een door de klant verleende volmacht onherroepelijk is of niet eindigt door haar dood of ondercuratelestelling (art. 6:237 sub n BW). Art. 6:237 sub d (beëindigingsbeding), sub i (boetebeding), sub k (contractsduur) en sub l (opzegtermijn) BW komen in hoofdstuk 5 'Beëindiging van ISP-overeenkomsten' nader aan de orde. Art. 6:237 sub f BW (exone-

222 Op 21 april 2005 is de NLIP opgeheven.
223 Zie paragraaf 4.4.1.1 Beoordeling tekortkoming ISP: art. 6:236 sub d BW (subjectief criterium).
224 Zie art. 10 lid 2 van huishoudelijk reglement van de NLIP.
225 Van de elf onderzochte NLIP-leden verwezen er maar drie van hen in hun algemene voorwaarden naar de geschillencommissie van de NLIP. Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel E. Geschillenbeslechting en toepasselijk recht.

ratie) wordt in hoofdstuk 6 'Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten' nader besproken. Genoemde artikelen worden in dit hoofdstuk daarom buiten beschouwing gelaten.[226] Daar waar ik tot de conclusie kom dat de onderzochte bedingen niet op grond van de grijze lijst worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn, bekijk ik of het betreffende beding mogelijkerwijs op grond van art. 6:233 sub a BW onredelijk bezwarend is dan wel op grond van art. 6:248 lid 2 BW niet van toepassing is.

4.4.2.1 Termijn voor reactie op aanbod of verklaring: art. 6:237 sub a BW

Op grond van art. 6:237 sub a BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de ISP een, gelet op de omstandigheden van het geval, ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn geeft om op een aanbod of een andere verklaring van de wederpartij te reageren. Een mondeling aanbod vervalt wanneer het niet onmiddellijk wordt aanvaard, een schriftelijk aanbod wanneer het niet binnen een redelijke termijn wordt aanvaard (art. 6:221 lid 1 BW). Op grond van art. 6:217 lid 2 BW kunnen partijen echter van deze regels afwijken. Het mag niet zo zijn dat een klant door zijn ISP aan de lijn wordt gehouden. Een andere verklaring als in art. 6:237 sub a BW bedoeld kan bijvoorbeeld het ongebruikelijk lang wachten op antwoord op een aangemelde klacht betreffen. De bewijslast dat de bedongen termijn ongebruikelijk lang of onvoldoende bepaald is, rust in beginsel op de wederpartij stellen Wessels en Jongeneel.[227] Dit is correct; volgens de wet is het zo dat de gebruiker van een mogelijk grijs beding moet aantonen dat een beding, en daarmee de in het beding neergelegde termijn, niet onredelijk bezwarend is indien de wederpartij vermoedt dat dit het geval is.

Op aanbod en aanvaarding van een ISP-overeenkomst is in hoofdstuk 3 uitvoerig ingegaan.[228] Sommige ISP's hanteren een termijn voor herroeping van een week.[229] Op grond van art. 6:219 lid 2 BW kan een herroeping nog onverwijld na de aanvaarding geschieden, indien het aanbod de mededeling bevat dat het vrijblijvend wordt gedaan. De vraag is of er bij een termijn van een week nog sprake is van onverwijld. Onverwijld betekent immers dadelijk, meteen, zonder uitstel. Mijns inziens is bij een termijn van een week geen sprake meer van onverwijld; het beding wordt daarom vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub a BW.

---

226 In paragraaf 4.4.2.2 'Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking)' komt art. 6:237 sub f BW echter wel ter vergelijking aan de orde.

227 Zie Wessels & Jongeneel 1997, p. 173-174.

228 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.3 'Aanbod en aanvaarding'.

229 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel B. Kopje 'algemeen', onder 'Totstandkoming overeenkomst'.

Termijnen om op een verklaring van de klant te reageren ben ik in de klachtenregeling in de algemene voorwaarden van de onderzochte ISP's tegengekomen.[230] XS4ALL (art. 8 lid 2) hanteert een termijn van drie dagen om op een klacht van een klant te reageren. Een termijn van drie dagen is een bepaalde termijn, het is echter onduidelijk of het hier werkdagen betreft of ook weekenddagen. Aangezien een weekend bestaat uit twee dagen en de ISP een termijn hanteert van drie dagen zou ik het redelijk vinden dat weekenddagen onder de termijn worden begrepen. De door XS4ALL gehanteerde termijn acht ik daarom voldoende bepaald. De termijn is mijns inziens niet onredelijk lang en aangezien andere ISP's dezelfde termijn hanteren ook niet ongebruikelijk lang.

4.4.2.2 Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking)

Op grond van art. 6:237 sub b BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de inhoud van de verplichtingen van de ISP wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten. Een beding dat de verplichtingen van de ISP uitholt, terwijl hier niets voor de wederpartij tegenover staat, tast het contractuele evenwicht aan. Het gaat in art. 6:237 sub b BW alleen om bedingen die de inhoud en omvang van de verplichtingen van de ISP bepalen zoals ze oorspronkelijk luiden. Bedingen die latere wijzigingen toestaan vallen onder art. 6:237 sub c BW. De bepaling heeft betrekking op de hoofdverplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien. Zo zal een ISP zich niet mogen bevrijden van zijn verplichting om naar een goed resultaat te streven (24 uur per dag, zeven dagen per week gebruik kunnen maken van het internet). Zo zal een ISP de nodige zorg moeten aanwenden om een internetverbinding in stand te houden en zijn systeem op gebreken moeten controleren. Wat de klant van de ISP mag verwachten vloeit voort uit de wettelijke regels, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid. Hierbij gaat het erom wat de klant zonder het beding van de ISP had mogen verwachten.

Art. 6:237 sub b BW moet als complement worden beschouwd van art. 6:237 sub f BW, dat zich richt tegen onredelijk bezwarende exoneratiebedingen[231] en art. 6:236 sub b BW, dat het recht van ontbinding waarborgt.[232] Bij gebreke van art. 6:237 sub b BW zou het mogelijk zijn de werking van deze bepalingen te ontgaan, door de omvang van de verplichtingen van de ISP zodanig te

230 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel M. Klachtenregeling en helpdesk.
231 Zie hoofdstuk 6 paragraaf 6.3.2.2 'Exoneratiebeding: art. 6:237 sub f BW'.
232 Zie hoofdstuk 5 paragraaf 5.3.3.1 'Uitsluiting/beperking ontbindingsrecht: art. 6:236 sub b BW'.

beperken dat een gebrekkige nakoming geen tekortkoming oplevert, zodat de klant langs deze weg toch het recht van schadevergoeding of ontbinding uit handen zou worden geslagen. Volgens Jongeneel zijn bedingen die vallen onder art 6:237 sub b BW ook te formuleren als exoneratiebedingen.[233] Hij verduidelijkt dit aan de hand van een voorbeeld, een beding van een bewaarnemer, dat valt onder art 6:237 sub b BW:

> 'Indien goederen volgens het opslagbewijs op open terrein zijn opgeslagen is het opslagbedrijf niet verplicht de betreffende goederen te beschermen tegen storm, vorst, regen of andere weersomstandigheden of tegen brand, plundering of enig ander van buiten komend onheil.'

Indien dit beding anders geformuleerd zou zijn zou het een exoneratiebeding zijn dat valt onder art. 6:237 sub f BW:

> 'Indien goederen volgens het opslagbewijs op open terrein zijn opgeslagen is het opslagbedrijf niet aansprakelijk voor schade als gevolg van storm, vorst, regen of andere weersomstandigheden of tegen brand, plundering of enig ander van buiten komend onheil.'

De eerste formulering is volgens Jongeneel bezwarender, want doordat de verplichting zelf is uitgesloten kan daarvan ook geen nakoming worden gevorderd. Deze weg zal daarom vooral worden gekozen als men 'primaire verplichtingen' wil beperken, de verplichtingen die reeds ontstaan bij het sluiten van de overeenkomst. Een exoneratiebeding beperkt de secundaire verplichtingen: de verplichtingen die ontstaan na schending van de primaire verplichtingen. Het gegeven voorbeeld toont aan dat de bedingen die vallen onder art. 6:237 sub b BW ingrijpender zijn dan de daarmee vergelijkbare exoneratiebedingen, die vallen onder art. 6:237 sub f BW. Het begrip dat ik hanteer voor een beding waarin de eigen verplichtingen wezenlijk worden beperkt en dat in strijd is met art. 6:237 sub b BW is 'prestatiebeperkingsbeding'.

In het algemeen stelt Rijken dat, indien de ondernemer het overeengekomene niet nakomt in de zin van niet-presteren (niet-nakoming van een hoofdverbintenis), ter zake van de daaruit voortvloeiende schade geen plaats is voor exoneratie.[234] Voor uitsluiting van aansprakelijkheid voor gevolgen van niet-nakoming en niet-tijdige nakoming zijn geen redelijkheidsmotieven aan te voeren. Het beding dat er op neerkomt dat de hoofdverplichting die de exonerant heeft aanvaard, grotendeels wordt opgeheven, kan in strijd zijn met de aard van de overeenkomst. Rijken onderscheidt daarnaast tussen de positieve en negatieve garantieclausule.[235] Het positieve garantiebeding garandeert volgens hem de aanwezigheid van een bepaalde bijzondere eigenschap van

233 Jongeneel 1991, p. 251-252.
234 Rijken 1983, p. 49.
235 Rijken 1983, p. 43-44.

een product. De negatieve garantieclausule garandeert volgens Rijken de deugdelijkheid van een geleverd product of dienst. Zoals Rijken opmerkt zou ook zonder een dergelijke clausule de verplichting bestaan tot het leveren van een deugdelijk product dan wel deugdelijke dienst. Met een negatieve garantieclausule beoogt de ondernemer volgens Rijken niets anders dan uitsluiting van aansprakelijkheid voor de deugdelijkheid van het geleverde voorzover de ondeugdelijkheid zich na de garantieperiode openbaart dan wel tijdens de garantieperiode buiten de dekking valt. De negatieve garantieclausule is volgens Rijken in feite een verkapte exoneratieclausule. Een negatief garantiebeding van de ISP is niet bepalend voor wat de klant mag verwachten. De verwachtingen van de klant worden immers mede door andere omstandigheden dan een door de ISP afgegeven garantie gevormd, zoals de prijs, de voor de diensten gemaakte reclame, de wijze waarop de ISP de diensten en soortgelijke diensten in het maatschappelijk leven ziet functioneren, etcetera. De Hoge Raad oordeelde dat de strekking van een contractuele garantie afhangt van de betekenis die partijen onder de omstandigheden redelijkerwijs aan de bepaling konden toekennen, en van wat zij in dat opzicht redelijkerwijs van elkaar konden verwachten.[236]

In art. 3 lid 2 heeft XS4ALL een negatief garantiebeding opgenomen:[237]

> 'XS4ALL kan echter geen onbelemmerde toegang tot het systeem en het internet garanderen, noch dat te allen tijde gebruik gemaakt kan worden van de XS4ALL diensten.'

In lid 1 van art. 3 heeft XS4ALL haar verplichtingen neergelegd. In het beding neergelegd in lid 2 staat XS4ALL niet in voor onbelemmerd gebruik van haar internetdiensten en daarmee niet voor de verplichtingen die zij zichzelf oplegt in lid 1. Het beding bevat een beperking van de verplichtingen die de ISP op zich neemt, namelijk verlenen van aansluiting op het systeem en het tot stand brengen en in stand houden van de verbinding. Het beding heeft betrekking op de dienst internettoegang en zodoende op de functie access. Daarnaast is het beding van toepassing op de functie hosting. In lid 2 van art. 3 worden de kernbedingen van de overeenkomst aangetast. De vraag die bij de beoordeling van het beding centraal staat is het verwachtingspatroon van de klant. De afhankelijkheid van de ISP van networkproviders brengt met zich mee dat hij geen honderd procent beschikbaarheid kan garanderen hetgeen ook bij de klant bekend dient te zijn. Een zekere beperking van de prestatieplicht is daardoor gerechtvaardigd. Het beding wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub b BW. De formulering van XS4ALL dat zij geen onbelemmerde toegang tot het systeem en het internet kan garanderen

236 HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300 (Breevast).
237 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

is in zoverre ongelukkig dat hetgeen waartoe XS4ALL zich in lid 1 verplicht in lid 2 onderuit wordt gehaald.

Planet heeft haar verplichtingen neergelegd in art. 6. Het Net heeft met betrekking tot haar verplichtingen dezelfde bepalingen opgenomen in art. 5. In lid 2 van art. 6 van Planet en lid 3 van art. 5 van Het Net is geen sprake van een garantiebepaling, ondanks dat de ISP's het werkwoord 'garanderen' gebruiken. Een garantie is het instaan voor de deugdelijkheid van een geleverd goed of een geleverde dienst gedurende een bepaalde tijd, krachtens beding bij de overeenkomst. In dit beding staat de ISP juist niet in voor de deugdelijkheid van de dienst. Het beding heeft betrekking op de inhoud van de verplichtingen van de ISP en is geen kernbeding van de ISP-overeenkomst.[238] De bedingen bevatten mijns inziens een beperking van de verplichtingen die een ISP op zich neemt, namelijk verlenen van aansluiting op het systeem en het tot stand brengen en in stand houden van de verbinding. Art. 6:237 sub b BW zou hier van toepassing kunnen zijn, omdat de ISP zijn verplichtingen beperkt.[239] Daarnaast worden omstandigheden genoemd die de levering van de internetdiensten kunnen verhinderen die kunnen worden beschouwd als overmachtbepalingen en zodoende vallen onder art. 6:237 sub f BW.[240] Art. 7:401 BW uit de regeling van de overeenkomst van opdracht speelt bij de beoordeling van de bedingen van Planet en Het Net ook een rol. De ISP dient de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Daarbij komt de vraag aan de orde of het beding betrekking heeft op een inspanningsverplichting of resultaatsverplichting. Aangezien het verlenen van aansluiting op het systeem en het tot stand brengen en in stand houden van de verbinding het gewenste resultaat zijn, dient de ISP zich als een goed ISP betaamt in te spannen om dit ook te verwezenlijken. In de bedingen kan een beperking van de mate van inspanning worden gelezen. Aangezien het internet aan elkaar hangt van verschillende netwerken kan honderd procent beschikbaarheid nooit worden gegarandeerd. Een beperking van de beschikbaarheidsprestatie is daarom tot op zekere hoogte gerechtvaardigd. Dit belang van de ISP is ook kenbaar voor de klant. Echter, daarbij dient wel te worden vermeld dat de ISP zich naar redelijkheid inspant om beschikbaarheid te verwezenlijken.

Bezien wij de overige inhoud van de algemene voorwaarden dan vermelden Planet en Het Net dat zij zich naar redelijkheid inspannen om beschikbaarheid te verwezenlijken (art. 6 lid 1 Planet en art. 5 lid 3 Het Net). Er is geen sprake van een 'wezenlijke' beperking van de inhoud van de verplichtingen van Planet

---

238 Zie HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1 (Consumentenbond/EnergieNed en Vewin).

239 In het onderhavige beding gaat het om de inhoud van de verplichtingen van de ISP die worden beperkt. Bedingen die latere wijzigingen van de verplichtingen van de ISP toestaan vallen onder art. 6:237 sub c BW. Hier gaat het om een beding dat de omvang van de verplichtingen van de ISP vanaf de aanvang van de overeenkomst beperkt (primaire verplichtingen), sub c is daarom niet van toepassing. Art. 6:237 sub d BW is ook niet van toepassing want de ISP wordt niet van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijd.

240 Zie hoofdstuk 6 paragraaf 6.3.2.3 'Overmachtbeding: art. 6:237 sub f BW'.

en Het Net voorzover het de in het beding genoemde storingen en uitval van elektriciteit betreft. In zoverre wordt niet vermoed dat het beding zoals neergelegd in art. 5 lid 3 respectievelijk art. 6 lid 2 onredelijk bezwarend is voor de klant op grond van art. 6:237 sub b BW.[241] Echter, wat betreft de omstandigheid 'volledige bezetting van de inbelpunten' wordt wel vermoed dat het beding onredelijk bezwarend is op grond van art. 6:237 sub b BW omdat op de ISP de verantwoordelijkheid rust om over voldoende inbelpunten te beschikken om aan zijn verplichtingen te voldoen. Indien de ISP's bijvoorbeeld adverteren met de tekst dat zij in iedere plaats in Nederland lokale inbelpunten hebben, is daarmee een resultaatsverbintenis in het leven geroepen, en is niet nakoming daarvan te beschouwen als wanprestatie.

Beschikbaarheid, waarmee wordt bedoeld het tot stand brengen en in stand houden van de verbinding, is de belangrijkste verplichting die een ISP op zich neemt. Indien er geen verbinding mogelijk is heeft een klant immers niets aan zijn ISP-overeenkomst. Bezette inbellijnen dient een ISP daarom te voorkomen door simpelweg over voldoende inbellijnen te beschikken. Van voldoende inbellijnen is sprake wanneer het aantal is gebaseerd op het normale internetverkeer. Ook op internet kunnen zich onverwacht pieken voordoen waar een ISP zijn inbellijnen niet op kan afstellen.[242] Een klant mag verwachten dat er altijd een inbellijn beschikbaar is omdat dat in de macht van een ISP ligt, tenzij de ISP zich op overmacht kan beroepen.[243] De bepaling dat niet kan worden uitgesloten dat telefoon- en/of ISDN-lijnen bezet zijn, zoals sommige ISP's bepalen, wordt daarom niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub b BW.[244]

Het beding van Compuserve in art. 6 van haar ledenovereenkomst bevat een wezenlijke beperking van de verplichtingen die Compuserve op zich neemt.[245] Uit dit beding blijkt dat Compuserve geen enkele verplichting op zich neemt om ervoor te zorgen dat de klant access verkrijgt. De verplichtingen die Compuserve op zich neemt worden expliciet uitgesloten, het beding is in zoverre onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub b BW. Daarnaast

241 Indien in plaats van de woorden 'garandeert uitdrukkelijk niet' de woorden 'is niet aansprakelijk voor' zouden zijn opgenomen in art. 5 lid 2 van de algemene voorwaarden van Het Net dan wel art. 6 lid 2 van de algemene voorwaarden van Planet, is sprake van een exoneratiebeding. Dan wordt niet de inhoud van de verplichtingen zelf beperkt, maar de aansprakelijkheid bij het niet nakomen van de verplichtingen en valt het beding onder art. 6:237 sub f BW. Uitsluitingen van aansprakelijkheid die de hoofdverplichting van de gebruiker betreffen zullen echter meestal onredelijk bezwarend zijn. Zie hoofdstuk 6 'Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten'.

242 De volledige telecommunicatie infrastructuur kan bijvoorbeeld platliggen omdat er massaal gebeld wordt naar een telefoonnummer van een TV actie. Of denk bijvoorbeeld aan nieuwjaar wanneer men om 00.00u niemand kan bereiken wegens overbezetting van de telefoonlijnen. Op deze momenten zal een ook ISP niet bereikbaar zijn.

243 Zie hoofdstuk 6 paragraaf 6.3.2.3 'Overmachtbeding: art. 6:237 sub f BW'.

244 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

245 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.

kan Compuserve niet garanderen dat zij over voldoende capaciteit beschikt voor de Compuserve diensten. Deze verantwoordelijkheid rust echter volledig op de ISP en ligt ook in de macht van een ISP, omdat het zijn eigen diensten betreffen. Ook dit beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub b BW. Door de woorden 'en sluit aansprakelijkheid hiervoor ook uit' is ook sprake van een exoneratiebeding die kan worden getoetst aan art. 6:237 sub f BW.[246]

In art. 18 lid 7 heeft Chello een prestatiebeperkingsbeding opgenomen.[247] Het beding holt de hoofdverplichtingen van Chello niet uit, zodoende is sprake van een redelijk beding dat niet in strijd is met art. 6:237 sub b BW. Een klant mag redelijkerwijs verwachten dat de internetdiensten waar hij op grond van zijn ISP-overeenkomst gebruik van maakt beveiligd zijn, maar niet voor honderd procent omdat dat onmogelijk is. De klant verwacht een adequate beveiliging tegen virussen en onbevoegde toegang. Chello dient zodoende voor een adequate beveiliging zorg te dragen en heeft er verstandig aan gedaan een dergelijk beding in haar algemene voorwaarden op te nemen omdat een absolute beveiliging niet in haar macht ligt.

Ook in art. 7 van de algemene voorwaarden van Vuurwerk is sprake van een prestatiebeperkingsbeding.[248] Aangezien honderd procent beschikbaarheid niet realiseerbaar is acht ik het beding in lid a redelijk. Het beding in lid b is in zoverre ook redelijk, echter de bepaling dat Vuurwerk niet kan garanderen dat de verbindingen toegang bieden is een wezenlijke beperking van de functie access. Een klant verwacht internettoegang maar dient daarnaast te beseffen dat de beschikbaarheid niet voor honderd procent kan worden gegarandeerd. Gezien het verwachtingspatroon van de klant is het beding in lid b in zoverre het toegang betreft ongelukkig geformuleerd en zodoende vermoedelijk onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub b BW.

Chello heeft in art. 9 van haar algemene voorwaarden een bepaling opgenomen over dataverkeer.[249] In lid 1 is sprake van een negatief garantiebeding, Chello geeft geen garantie voor beschikbaarheid. Dit beding heeft betrekking op de functie access. Gelet op de formulering van het beding en gezien het feit dat het internet aan elkaar hangt van verschillende netwerken waardoor honderd procent beschikbaarheid nooit kan worden gegarandeerd acht ik het beding neergelegd in lid 1 niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub b BW. Het beding neergelegd in lid 6 heeft betrekking op het beginsel integriteit. Integriteit is de zekerheid over de correctheid van de informatie, dat deze niet ten onrechte is gewijzigd of aangevuld. Chello staat niet in voor de integriteit van dataverkeer. Een klant mag echter wel integriteit verwachten, maar met de nuancering dat absolute beveiliging en daarmee absolute integri-

246 Zie hoofdstuk 6 'Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten'.
247 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.
248 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.
249 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

teit niet kan worden gegarandeerd. Het beding wordt daarom niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub b BW.

Planet (art. 10 lid 2), het Net (art. 9 lid 2) en Chello (art. 13 lid 2) hebben een bepaling over aansprakelijkheid en homepage in hun algemene voorwaarden opgenomen.[250] Deze bedingen hebben betrekking op de functie hosting en specifiek op de dienst website. In alle drie de bedingen is sprake van een negatief garantiebeding, de ISP's kunnen geen toegang tot de website van de klant garanderen. Op de ISP's rust een inspanningsverplichting wat betreft beschikbaarheid. De bedingen bevatten dus een beperking van de verplichtingen die een ISP op zich neemt die voorafgaan aan of een voorwaarde zijn tot het vervullen van de functie hosting. Art. 6:237 sub b BW kan hier van toepassing zijn, omdat de ISP zijn verplichtingen beperkt. Aangezien – zoals hierboven aangegeven – beschikbaarheid nooit voor honderd procent kan worden gegarandeerd, is een beperking van de beschikbaarheidsprestatie gerechtvaardigd.

Art. 11 van de algemene voorwaarden van EuroNet is getiteld 'gegevensbescherming'.[251] In lid 6 is sprake van een negatief garantiebeding dat betrekking heeft op het beginsel vertrouwelijkheid. Om vertrouwelijkheid te bewerkstelligen rust op de ISP een beveiligingsplicht. Een klant mag een zekere mate van adequate beveiliging van zijn ISP verwachten, absolute beveiliging is echter niet realiseerbaar.[252] Door te stellen dat vertrouwelijkheid in de zin van het aanbrengen van een adequate beveiliging niet kan worden gegarandeerd, beperkt EuroNet haar beveiligingsplicht zodanig dat sprake is van een onredelijk bezwarend prestatiebeperkingsbeding op grond van art. 6:237 sub b BW.

Bij het gebruik van de internetdiensten door de klant kunnen zich problemen voordoen. De meeste ISP's hebben een eigen helpdesk waarbij de klant terecht kan met zijn problemen. In art. 6 lid 3 van de algemene voorwaarden van Demon kan zodoende sprake zijn van een prestatiebeperkingsbeding met betrekking tot de dienst helpdesk.[253] Ik acht het beding niet onredelijk bezwarend omdat Demon haar verplichtingen tot presteren niet wezenlijk beperkt maar zich indekt tegen het feit dat zij niet elk zich bij de klant voordoend probleem zal kunnen oplossen. Hier is sprake van een redelijk negatief garantiebeding.

4.4.2.3 Wijzigingsbevoegdheid: art. 6:237 sub c BW

Op grond van art. 6:237 sub c BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de ISP de bevoegdheid verleent een prestatie te verschaffen die wezenlijk

250 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Homepage'.
251 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel K. Privacy.
252 Zie art. 11.3 TW.
253 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel M. Klachtenregeling en helpdesk.

van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden. Dit beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat het ertoe leidt dat de wederpartij moet betalen voor een mindere of zelfs andere prestatie dan haar was toegezegd. De wederpartij kan immers de oorspronkelijk overeengekomen prestatie niet opeisen maar zou evenmin de overeenkomst kunnen ontbinden. Het gaat in art. 6:237 sub b BW alleen om bedingen die de inhoud en omvang van de verplichtingen van de ISP bepalen zoals ze oorspronkelijk luiden, bedingen die latere wijzigingen toestaan vallen onder art. 6:237 sub c BW. Art. 6:237 sub c BW heeft geen betrekking op het wijzigen van algemene voorwaarden.

Alle onderzochte ISP's bepalen dat de overeenkomst in geval van wijziging van de toegezegde prestatie door de klant kan worden ontbonden c.q. opgezegd en voldoen daarmee aan de uitzondering van art. 6:237 sub c BW.[254]

4.4.2.4 Vage of te lange levertijden: art. 6:237 sub e BW

Op grond van art. 6:237 sub e BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de ISP een ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn voor de nakoming geeft. Dit beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat het de wederpartij onmogelijk maakt de nakoming of ontbinding van de overeenkomst te vorderen. Is de termijn van het intreden van bepaalde omstandigheden afhankelijk, dan zullen deze in beginsel niet uitsluitend in de sfeer van de ISP gelegen kunnen zijn, maar voor de wederpartij waarneembaar moeten zijn. Het laatstgenoemde criterium houdt in dat nakoming wordt verhinderd door omstandigheden buiten de risicosfeer van de ISP gelegen. De ISP moet de omstandigheden aantonen. De feitelijke handeling waartoe de ISP verplicht is als hij op het aanbod of de andere verklaring reageert, valt niet onder art. 6:237 sub a BW maar onder art. 6:237 sub e BW.

'Zo spoedig mogelijk' in art. 6 sub a van de algemene voorwaarden van Vuurwerk is een vage termijn.[255] Dit beding is niet onredelijk bezwarend omdat de ISP geen ongebruikelijk lange termijn voor nakoming geeft en de klant gerechtigd is de overeenkomst te ontbinden. De inspanning van Vuurwerk is gericht op een korte termijn.

In geval van een storing levert de ISP geen dienst terwijl de klant wel betaalt. De ISP kan tegenwerpen dat hij geen storingsvrije dienst heeft gegarandeerd. ISP's bepalen daarom ook dat sprake is van een inspanningsverplichting.[256] Men kan niet van ISP's verwachten dat zij het gehele risico voor storingen veroorzaakt door derden zullen dragen. Het verdelen van het risico voor

254 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer.
255 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.
256 Zie paragraaf 4.3.2.5 'Inspanningsverbintenis c.q. resultaatsverbintenis'.

storingen door een eigen risico voor de consument aan te houden en daarna het risico voor de ISP te laten kan redelijk worden geacht.

4.4.2.5 Vervalbedingen: art. 6:237 sub h BW

Op grond van art. 6:237 sub h BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat als sanctie op bepaalde gedragingen van de wederpartij, nalaten daaronder begrepen, verval stelt van haar toekomende rechten of van de bevoegdheid bepaalde verweren te voeren, behoudens voorzover deze gedragingen het verval van die rechten of verweren rechtvaardigen. Dit beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat het kan leiden tot volkomen onverwacht en daardoor ongerechtvaardigd verlies van rechten van de wederpartij. Een contractueel vervalbeding is slechts dan onredelijk bezwarend wanneer het verval van recht of van een verweer niet door de gedraging of het nalaten van de wederpartij wordt gerechtvaardigd. Dergelijke bedingen in algemene voorwaarden dienen vaak om duidelijkheid te scheppen omtrent verval van recht. Hiertegen is geen bezwaar, mits dit niet op onredelijke wijze geschiedt bijvoorbeeld omdat de gedraging het verval van het recht niet rechtvaardigt of, indien de gedraging het verval van recht wel rechtvaardigt, een onevenredig zware sanctie aan de gedraging wordt verbonden. Beoordeeld moet worden wat zonder het beding naar redelijkheid en billijkheid zou hebben te gelden. De ISP moet aantonen dat het verval van recht door de gedraging wordt gerechtvaardigd. In sommige gevallen kan men een vervalbeding vernietigen met een beroep op de zwarte lijst indien sprake is van een te korte contractuele vervaltermijn.[257]

Vier van de vijftien onderzochte ISP's hebben een vervalbeding in hun algemene voorwaarden opgenomen.[258] Deze contractuele vervalbedingen acht ik niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub h BW omdat ze dienen om duidelijkheid te scheppen omtrent verval van recht.

4.4.2.6 Contractsdwang: art. 6:237 sub j BW

Op grond van art. 6:237 sub j BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de wederpartij verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met de ISP of met een derde, tenzij dit, mede gelet op het verband van die overeenkomst met de in dit artikel bedoelde overeenkomst, redelijkerwijze van de wederpartij kan worden gevergd. Dit beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat het geheel niet door de wederpartij wordt verwacht en het er toe kan leiden dat hij verder aan de ISP – of aan wellicht met de ISP verbonden der-

257 Zie paragraaf 4.4.1.4 'Verkorting verjarings- of verval termijn: art. 6:236 sub g BW'.
258 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel F. Varia.

den – wordt gebonden dan hij voor wenselijk hield. Voorbeelden van contractsdwang in de algemene voorwaarden zijn de verplichting om een gekochte zaak bij de verkoper of een derde in onderhoud te geven, de verplichting om een gehuurde zaak te verzekeren of de verplichting om zich als borg te binden. Een op art. 6:237 sub j BW anticiperende toepassing biedt het arrest Van der Meer/Smilde.[259] Uit dit arrest blijkt dat het beding ook onredelijk kan zijn als de wederpartij er van op de hoogte was, maar er zich feitelijk niet tegen kon verzetten.

Casema, Chello en @Home zijn kabel-ISP's. Om toegang te verkrijgen tot het internet dient de klant een kabelmodem bij de ISP te huren dan wel te kopen. In art. 13 van haar algemene voorwaarden heeft @Home bepalingen opgenomen met betrekking tot het gehuurde kabelmodem.[260] Opvallend is dat de klant zelf een inboedelverzekering voor het kabelmodem moet afsluiten, dan wel het kabelmodem in een bestaande inboedelverzekering moet onder brengen. Hier is sprake van contractsdwang. De vraag is echter of in dit geval gelet op het verband met de ISP-overeenkomst redelijkerwijze van de klant kan worden gevergd dat hij een inboedelverzekering afsluit, dan wel het kabelmodem onderbrengt in een bestaande verzekering. Waarschijnlijk is het verzekeren van de modems door de ISP zelf wel haalbaar maar doet hij dit niet in verband met de kosten, dat zou de maandelijkse vergoeding van de klant voor de ISP-overeenkomst duurder maken. Omdat het van de klant redelijkerwijze kan worden verwacht dat hij het kabelmodem onderbrengt in een bestaande verzekering, acht ik de derde bepaling van art. 13 lid 1 van de algemene voorwaarden van @Home in zoverre niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub j BW. Bij de meeste inboedelverzekeringen valt een kabelmodem al onder de inboedelverzekering. Het sluiten van een inboedelverzekering speciaal voor het kabelmodem kan niet in redelijkheid van de klant worden gevergd en is vermoedelijk onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub j BW omdat het hier om een relatief gering bedrag gaat en de kans dat de klant bij schade deze niet kan vergoeden zo gering is dat de ISP daar geen wezenlijk belang bij heeft.

Bij sommige ISP's is de klant verplicht om over een domeinnaam te beschikken.[261] Dan is sprake van contractsdwang omdat voor het verkrijgen van een domeinnaam een overeenkomst met de SIDN noodzakelijk is.[262] De vraag is echter of in dit geval gelet op het verband met de ISP-overeenkomst sprake

---

259 HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 714 m.nt. G (Van der Meer/Smilde).

260 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Toegang'. Sinds 1 mei 2003 maakt @home echter niet langer gebruik van huurmodems, althans, de klanten die er reeds één hebben, kunnen het modem blijven huren, maar voor nieuwe klanten biedt @home slechts koopmodems aan.

261 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Domeinnaam/IP-adres'.

262 Zie <www.sidn.nl>, link 'voorschriften', Reglement voor registratie van .nl-domeinnamen, met name art. 3.

is van een onredelijk bezwarend beding omdat het sluiten van een overeenkomst met de SIDN redelijkerwijze van de klant kan worden gevergd. Beter lijkt het mij om een klant de keuze te laten wel of niet over een domeinnaam te beschikken. Het beding wordt daarom vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub j BW omdat de klant een dergelijk beding redelijkerwijze niet hoeft te verwachten en het er toe leidt dat hij verder aan de ISP – en aan de SIDN als derde – wordt gebonden dan hij voor wenselijk hield. Een domeinnaam is immers voor een klant niet noodzakelijk als hij geen gebruik wil maken van deze dienst.

Indien een klant licentievoorwaarden moet accepteren om gebruik te kunnen maken van de door de ISP verschafte software met behulp waarvan toegang tot het systeem van de ISP en vervolgens toegang tot het internet mogelijk wordt gemaakt, kan sprake zijn van contractsdwang.[263] Het is echter moeilijk om hier te spreken van contractsdwang omdat het gaat om software ten aanzien waarvan de ISP de intellectuele eigendomsrechten heeft en de klant een gebruiksrecht verkrijgt.[264] Een dergelijk beding acht ik daarom niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub j BW omdat de klant kan verwachten dat er licentievoorwaarden gelden voor gebruikmaking van de door de ISP verschafte software die nodig is voor de uitvoering van de diensten. Een klant heeft software nodig om gebruik te kunnen maken van het internet en zal bij gebruikmaking van de software de nodige zorg ten opzichte van het gebruik van de software in acht moeten nemen. Om de ISP te verzekeren dat de klant ook de nodige zorg in acht neemt dient hij de licentievoorwaarden te accepteren.

Sommige ISP's bepalen dat voor specifieke diensten aanvullende voorwaarden kunnen gelden.[265] Compuserve doet dat bijvoorbeeld in art. 2 van haar ledenovereenkomst:

> 'Wanneer u echter gebruik maakt van aanverwante diensten zoals onze internationale gebieden, andere Compuserve diensten zoals Executive news of software/diensten van derde partijen, dan kunnen aanvullende voorwaarden en condities gelden.'

Er kunnen aanvullende voorwaarden en condities gelden indien een klant met behulp van zijn ISP-overeenkomst gebruik maakt van diensten van derden. Dat ligt in de aard van een ISP-overeenkomst. Art. 6:237 sub j BW is hier niet van toepassing omdat de klant niet wordt verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met de gebruiker of een derde, maar de klant er op wordt gewezen dat de klant met behulp van zijn ISP-overeenkomst een overeenkomst

263 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel J. Intellectuele eigendomsrechten.
264 Zie paragraaf 4.3.2.1 'Koopovereenkomst en huurovereenkomst'.
265 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel B. Kopje 'algemeen', 'Toepasselijkheid algemene voorwaarden'.

met een derde kan sluiten. Een dergelijk beding acht ik daarom niet onredelijk bezwarend.

Bij sommige ISP-overeenkomsten wordt gebruik gemaakt van de diensten van derden. De klant dient dan veelal naast de ISP-overeenkomst een overeenkomst met die derde te sluiten. Het is de vraag of dan ook sprake is van contractsdwang. Over diensten van derden heeft XS4ALL in art. 7 lid 1 van haar algemene voorwaarden een bepaling opgenomen.[266] Indien een klant via de kabel of via ADSL gebruik wil maken van de XS4ALL diensten, dient de klant een aparte kabelovereenkomst of ADSL-overeenkomst te sluiten naast de ISP-overeenkomst. Het sluiten van een overeenkomst met een derde is in dit geval niet onredelijk bezwarend omdat dit redelijkerwijze van de klant kan worden gevergd. De klant kiest er immers voor om via de kabel of ADSL gebruik te maken van de diensten van XS4ALL en kan dan verwachten dat hij een aparte overeenkomst met een derde partij moet sluiten om gebruik te maken van de diensten van XS4ALL.

4.4.3 Overige (onredelijk bezwarende) bedingen

Indien een beding niet onder het toepassingsgebied van de zwarte of grijze lijst valt, kan het onredelijk bezwarend zijn op grond van de open norm van art. 6:233 sub a BW. In deze paragraaf worden de overige bedingen in de ISP-overeenkomsten getoetst aan de open norm. Daar waar ik tot de conclusie kom dat de onderzochte bedingen niet worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn, bekijk ik of het beding mogelijkerwijs op grond van art. 6:248 lid 2 BW niet van toepassing is. Het feit dat een beding ongeveer hetzelfde effect heeft als een volgens de lijsten verboden of verdacht beding is een argument dat wijst in de richting van onredelijk bezwarendheid.

4.4.3.1 De aard van de ISP-overeenkomst

Bij de aard van de ISP-overeenkomst komen de centrale vragen aan de orde die een rol spelen om te beoordelen of het betreffende beding onredelijk bezwarend is: zijn bepalingen uit de overeenkomst van opdracht en/of koop/huur van toepassing; betreft het een specifiek geval van een duurovereenkomst; heeft het beding betrekking op een inspanningsverplichting of een resultaatsverplichting; speelt de marktpositie een rol; heeft het beding betrekking op gedragscodes?[267]

---

266 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Diensten van derden'.

267 Zie paragraaf 4.3.2 'De aard van de ISP-overeenkomst'.

De meeste ISP's hebben een beding over de mogelijkheid tot wijziging van hun algemene voorwaarden opgenomen.[268] Bij de bespreking van de aard van een ISP-overeenkomst is duidelijk geworden dat een ISP-overeenkomst een duurovereenkomst is. Omdat de techniek voortdurend in ontwikkeling is, is het onvermijdelijk dat algemene voorwaarden moeten worden gewijzigd. De wederzijds kenbare belangen bij het beding zijn dat de ISP zijn overeenkomst wil kunnen aanpassen aan de ontwikkelingen van de techniek en de klant heeft er belang bij dat zijn ISP meegaat met die ontwikkelingen. Zodoende is een wijzigingsbeding niet onredelijk bezwarend op grond van de aard van de overeenkomst. Het beding moet echter voldoende duidelijk geformuleerd zijn. Het moet voor een klant voldoende duidelijk zijn hoe en waar de ISP een wijziging in zijn algemene voorwaarden bekend maakt en wat de aard van de wijziging is. Ook moet een bepaling zijn opgenomen dat wanneer de klant het niet eens is met de wijzigingen hij de overeenkomst kan beëindigen.[269] Anders kan een wijzigingsbeding onredelijk bezwarend zijn op grond van de overige inhoud van de ISP-overeenkomst. Een probleem dat zich kan voordoen wanneer algemene voorwaarden worden gewijzigd, is dat een redelijk beding wordt gewijzigd in een onredelijk bezwarend beding op grond van de zwarte of grijze lijst of op grond van de overige omstandigheden.[270]

Aangezien de betaling door de klant wel gewoon doorgaat kan een account mijns inziens niet door een ISP worden afgesloten indien een klant geruime tijd geen gebruik maakt van zijn account. In ieder geval niet zonder de klant hiervan in kennis te stellen.[271] Een ISP kan er belang bij hebben, bijvoorbeeld omdat hij slechts een beperkt aantal IP-adressen ter beschikking heeft. Dat een klant zich opnieuw moet aanmelden als lid zou betekenen dat de overeenkomst is beëindigd.[272] Dit bepaalt Compuserve in art. 5 van haar ledenovereenkomst.[273] Een dergelijke bepaling ben ik bij meerdere ISP's tegengekomen. Het beding van Compuserve is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar op grond van art. 6:248 lid 2 BW wanneer de afsluiting plaatsvindt zonder dat dit aan de klant is meegedeeld.

Art. 8 van de algemene voorwaarden van Casema is getiteld 'Beschikbaarheid'.[274] Dit beding heeft duidelijk betrekking op de kernbedingen van de overeenkomst. De klant betaalt een bepaalde prijs om 24 uur per dag, zeven

---

268 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel B. Kopje 'algemeen', 'Wijziging algemene voorwaarden'.

269 Zie ook paragraaf 4.3.2.4 'Duurovereenkomst' en hoofdstuk 5 'Beëindiging van ISP-overeenkomsten'.

270 Zie de noot van M.B.M. Loos bij Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT1762; *TvC* 2005/4, p. 150-157, m.nt. 1. M.Y. Schaub en m.nt. 2 M.B.M. Loos (HCC/Dell).

271 Ook gratis ISP's die een dergelijk beding in hun algemene voorwaarden opnemen dienen een klant in kennis te stellen van een afsluiting.

272 Zie hoofdstuk 5 'Beëindiging van ISP-overeenkomsten'.

273 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel J. Intellectuele eigendomsrechten.

274 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

dagen per week te kunnen internetten. Om de klant die mogelijkheid te bieden verricht de ISP de functies access en hosting en eventueel extra value en content. Het beding heeft betrekking op een inspanningsverplichting (streven naar een gewenst resultaat) waarbij de marktpositie van de ISP een belangrijke rol speelt. Zodra beschikbaarheid kan worden uitgedrukt in een percentage van tijd voor het verkrijgen van verbinding, zal sprake zijn van een resultaatsverplichting en dus van een andere situatie. De wederzijds kenbare belangen zijn ook duidelijk, de ISP biedt internetdiensten aan en de klant verwacht daar 24 uur per dag, zeven dagen per week gebruik van te kunnen maken. Het beding acht ik daarom niet onredelijk bezwarend, ook gezien de overige inhoud van art. 8 van de algemene voorwaarden van Casema waar enkele mogelijkheden van opschorting van de verplichting tot beschikbaarheid worden genoemd.[275]

Uit art. 3 lid 2 van de algemene voorwaarden van XS4ALL blijkt dat zij geen onbelemmerde toegang tot het systeem kan garanderen, noch te allen tijde gebruik kan worden gemaakt van de XS4ALL diensten.[276] Alle vijftien onderzochte ISP's hebben een dergelijke bepaling, die beperkingen van de verplichtingen van de ISP bevat, in hun algemene voorwaarden opgenomen.[277] De aard van een ISP-overeenkomst brengt mee dat een ISP niet meer kan doen dan zich zo goed mogelijk in te spannen om beschikbaarheid voor de klant mogelijk te maken. Het garanderen van een onbelemmerde toegang tot het systeem van de ISP en daarmee de garantie dat te allen tijde gebruik kan worden gemaakt van de diensten van de ISP is niet mogelijk. Een dergelijk beding acht ik daarom niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW omdat de ISP hiermee de grenzen van zijn inspanningsverplichting formuleert.

EuroNet bepaalt in art. 4 lid 5 van haar algemene voorwaarden dat de klant gedragsregels in acht moet nemen.[278] Dit beding heeft betrekking op de verplichtingen van de klant, hoe de klant zich volgens EuroNet dient te gedragen. Opmerkelijk in deze bepaling is de verwijzing naar gedragscodes: fair use policies en/of Netiquette.[279] Een enkele verwijzing naar de Netiquette zonder vermelding van bron waar de Netiquette te raadplegen is en zonder vermelding van een datum is onvoldoende. Ook dient duidelijk te worden gemaakt of hier de Nederlandse versie van de Netiquette wordt bedoeld.[280] De vermelding dat er eventueel een fair use policy van kracht kan zijn is te vrijblijvend. Een klant dient duidelijkheid te verkrijgen over wanneer er een

275 Zie ook paragraaf 4.4.2.2 'Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking)'.
276 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.
277 Zie ook paragraaf 4.4.2.2 'Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking)'.
278 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel H. Verplichtingen van de klant, onder 'Gedragsregels in acht nemen'.
279 Zie paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes' over doorverwijzen in algemene voorwaarden.
280 Zie paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes'.

fair use policy van toepassing is, en zo ja waar deze te raadplegen is.[281] Op deze twee punten is het beding onvoldoende duidelijk geformuleerd en daarmee gedeeltelijk onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW. Voor het overige gedeelte kan de bepaling in stand blijven.

Art. 7 lid 9 algemene voorwaarden Planet is onredelijk bezwarend op grond van een onvolledige verwijzing naar de door Planet vastgestelde gedragsregels en het feit dat gedragsregels waarnaar in de algemene voorwaarden wordt verwezen nooit op grond van een eenvoudige verwijzing onderdeel kunnen uitmaken van de algemene voorwaarden.[282] Om te bewerkstelligen dat gedragsregels onlosmakelijk onderdeel uitmaken van algemene voorwaarden dienen de gedragsregels in de algemene voorwaarden te worden opgenomen.

Vuurwerk heeft in art. 11 van haar algemene voorwaarden een beding opgenomen met betrekking tot domeinnaam/IP-adres.[283] Dit beding geeft een uitwerking van het kernbeding 'extra value', het registreren en verkrijgen van een domeinnaam en/of een IP-adres. Hier is duidelijk sprake van een opdracht, art. 7:403 BW speelt daarom een rol. De ISP moet de klant op de hoogte houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht en hij moet verantwoording doen aan de klant van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten. Het beding heeft betrekking op een inspanningsverplichting, namelijk het bemiddelen bij het verkrijgen van een domeinnaam en/of een IP-adres. Het beding is mijns inziens voldoende duidelijk geformuleerd, hoewel het regelen van twee onderwerpen in één artikel de formuleringen van Vuurwerk wel wat omslachtig maakt. De wederzijds kenbare belangen bij het beding zijn ook duidelijk, de ISP bemiddelt bij het verkrijgen van een IP-adres of een domeinnaam indien een klant van deze dienst(en) gebruik wil maken. Volgens mij is hier sprake van een redelijk beding.

4.4.3.2 Overige inhoud van de ISP-overeenkomst

Bij de overige inhoud van de ISP-overeenkomst is de centrale vraag die een rol speelt om te beoordelen of het betreffende beding onredelijk bezwarend is, of het beding voldoende duidelijk is geformuleerd. Hierbij kan het gaan om de uitleg van een beding en onleesbare, onbegrijpelijke en onduidelijke bedingen.[284]

Accountgegevens en verkeersgegevens zijn belangrijke begrippen die ik ben tegengekomen in de algemene voorwaarden van ISP's.[285] De door XS4ALL gehanteerde formulering maakt duidelijk wat XS4ALL onder verkeersgegevens

281 Zie ook Siemerink 2003 C.
282 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel H. Verplichtingen van de klant, onder 'Gedragsregels in acht nemen'.
283 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Domeinnaam/IP-adres'.
284 Zie paragraaf 4.3.3 'Overige inhoud van de ISP-overeenkomst'.
285 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel A. Definities.

verstaat en wat het verschil is tussen accountgegevens en verkeersgegevens. Bij de andere onderzochte ISP's ben ik geen, of minder duidelijke formuleringen tegengekomen omtrent deze begrippen. Een beding waarin deze definities worden gebruikt, of waarin naar de definities wordt verwezen, zou onredelijk bezwarend kunnen zijn op grond van art. 6:233 sub a BW.

XS4ALL bepaalt in art. 4 lid 1 dat een klant wijziging in relevante gegevens moet meedelen.[286] Uit de overige inhoud van de algemene voorwaarden kan echter niet worden opgemaakt wat XS4ALL onder 'relevante gegevens' verstaat. Ook is het onduidelijk of XS4ALL onder 'schriftelijk' ook elektronisch (per e-mail) verstaat. De tijdsaanduiding 'zo spoedig mogelijk' is vaag. Duidelijker is een concrete termijn, bijvoorbeeld 'binnen drie dagen'. Dit beding is daarom onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW.

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen de totstandkoming van de overeenkomst en de uitvoering van de overeenkomst.[287] De uitvoering van de overeenkomst kan later aanvangen dan de totstandkoming plaatsvindt. De klant moet duidelijkheid verkrijgen over het tijdstip waarop de overeenkomst tot stand komt, dat krijgt hij niet door de bepaling dat de datum van installatie bepalend is voor het totstandkomen van de overeenkomst. De ISP heeft er geen kenbaar belang bij dat de overeenkomst pas bij het installeren van de service tot stand komt of dat de verplichtingen uit de overeenkomst dan in werking treden.[288] Echter, het is niet nadelig voor de klant dat de overeenkomst pas tot stand komt wanneer de service is geïnstalleerd omdat de klant dan pas de diensten van de ISP-overeenkomst kan verkrijgen. Hier is daarom geen sprake van een onredelijk bezwarend beding.

4.4.3.3 De wederzijds kenbare belangen van ISP en klant

De vraag naar de betekenis van de wederzijds kenbare belangen van ISP en klant bij het beding is de vraag die in deze paragraaf centraal staat.[289]

Met betrekking tot diensten en beheer wordt door ISP's het risico volledig bij de klant neergelegd.[290] In het belang van het functioneren van de diensten bepalen Planet (art. 9 lid 6), Het Net (art. 8 lid 6) en Chello (art. 10 lid 6) dat zij bevoegd zijn om het e-mail-adres en de gebruikersnaam te veranderen. Andere ISP's bepalen dat zij het wachtwoord, de toegangscode en de postbuscode kunnen wijzigen. Aangezien een ISP zich verplicht om beschikbaarheid van de gevraagde diensten te leveren, kunnen bepaalde wijzigingen noodzake-

---

286 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel H. Verplichtingen van de klant, onder 'Wijzigingen in relevante gegevens meedelen'.

287 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.5.4 'De totstandkoming van de elektronische overeenkomst'.

288 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel B. Kopje 'algemeen', onder 'Totstandkoming overeenkomst'.

289 Zie paragraaf 4.3.5 'De wederzijds kenbare belangen van ISP en klant'.

290 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Beheer'.

lijk zijn in het belang van het functioneren van de diensten. Het belang van een ISP bij wijziging van het e-mail-adres zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat hij de belasting van spam op zijn netwerk wil minimaliseren. De vraag is echter of een klant ook kan verwachten dat wijzigingen eenzijdig door de ISP plaatsvinden. Het eenzijdig wijzigen van het e-mail-adres van de klant vind ik ver gaan, aangezien hier vaak persoonsgegevens (naam) van een klant in zijn verwerkt.[291] Daarnaast heeft een klant zijn e-mail-adres waarschijnlijk aan meerdere personen bekend gemaakt. Indien zijn e-mail-adres wordt gewijzigd dient hij adreswijzigingen te versturen. De toegangscode is de code waarmee de klant in combinatie met zijn wachtwoord toegang krijgt tot de diensten van zijn ISP. De postbuscode is de code waarmee de klant in combinatie met zijn wachtwoord toegang krijgt tot zijn e-mail-adres. Het is onduidelijk of ISP's met 'postbuscode' hetzelfde bedoelen als de 'postcode' van de klant. Een klant hoeft niet te verwachten dat zijn ISP bevoegd is om gegevens eenzijdig te wijzigen. Opmerkelijk is bovendien dat over het melden van dergelijke wijzigingen aan de klant niets in de algemene voorwaarden staat. Beschikt een klant niet meer over zijn toegangscode en wachtwoord dan heeft hij niets aan zijn ISP-overeenkomst. Beschikt een klant niet over zijn e-mail-adres dan kan de klant geen gebruik maken van de dienst e-mail. Gezien alle genoemde omstandigheden zijn dergelijke bedingen onredelijk bezwarend.

Wijzigingen zullen in sommige gevallen noodzakelijk zijn, dit kan echter niet zomaar gebeuren, zoals sommige ISP's bepalen.[292] Wijzigingen dienen in ieder geval aan de klant te worden meegedeeld. Een e-mail-adres van een klant kan niet zonder melding vooraf aan de klant worden gewijzigd. Dit kan immers grote consequenties hebben voor de klant. Zo ook met betrekking tot wijziging van de log-in-procedure. De bedingen waarin de klant niet van de wijzigingen op de hoogte wordt gebracht zijn onredelijk bezwarend.[293]

4.4.3.4 De overige omstandigheden van het geval

Bij de overige omstandigheden van het geval kunnen de hoedanigheid van partijen, afwijking van regelend recht, het zich bewust zijn van de strekking van het beding en nog andere omstandigheden die niet alle tevoren zijn te specificeren een rol spelen.[294]

Met betrekking tot e-mail onderscheiden zich twee situaties. Ten eerste e-mail diensten waarbij de klant de berichten ophaalt uit zijn postbus en op zijn eigen harde schijf vastlegt (zoals bij het gebruik van Microsoft Outlook). Ten tweede e-mail diensten waarbij de klant inlogt op de webserver van de

291 Bijvoorbeeld: l.siemerink@planet.nl.
292 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Beheer'.
293 Zie bijvoorbeeld art. 9 lid 2 XS4ALL.
294 Zie paragraaf 4.3.6 'De overige omstandigheden van het geval'.

ISP die de e-mail dienst aanbiedt, zonder dat de berichten op de harde schijf van de klant worden opgeslagen (zoals bij een hotmailaccount). De onderzochte ISP's bieden veelal beide mogelijkheden: de klant kan zijn berichten via Outlook op zijn eigen computer opslaan maar tevens de berichten via webmail raadplegen op een andere computer. In de eerste situatie is het logisch dat de ISP de bevoegdheid heeft om e-mails te deleten. In de tweede situatie lijkt mij dat de ISP bij het deleten een redelijk belang heeft, omdat er anders gezien de hoeveelheid klanten een ongelooflijke hoeveelheid geheugencapaciteit op zijn server beschikbaar zou dienen te zijn om alle e-mails te bewaren. Dat is veel te kostbaar, zeker als het gaat om een gratis dienst. Een ISP dient echter wel aan zijn klant mee te delen dat hij informatie die aan de klant toebehoort verwijdert. Opmerkelijk vind ik daarom de bepaling in art. 5 lid 6 van de algemene voorwaarden van Freeler:

> 'Freeler heeft het recht om e-mail te verwijderen die door de gebruiker langer dan (3) maanden op de servers van Freeler is bewaard, zonder de gebruiker hiervan op de hoogte te stellen.'

Het lijkt mij dat een ISP juist wel een mededeling behoeft te doen aan de klant indien hij informatie die aan de klant toebehoort verwijdert. Het kan zijn dat het informatie betreft die voor de klant van essentiële waarde is. Een klant kan bijvoorbeeld een e-mail-archief aanhouden. Een klant zal vermoedelijk verstandig zijn en belangrijke e-mail-berichten op zijn eigen computer opslaan, maar daar kan niet bij voorbaat van worden uitgegaan. Een klant hoeft zich niet bewust te zijn van de strekking van dit beding bij afwezigheid van een waarschuwing. Deze laatste bepaling in het beding van Freeler is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid daarom onaanvaardbaar.

Een opmerkelijke bepaling die ik in de algemene voorwaarden van XS4ALL ben tegengekomen staat in art. 4 lid 4 over de verplichtingen van de klant.[295] Bij dit beding speelt de marktpositie van de ISP mijns inziens een belangrijke rol, met name de technische ontwikkelingen ten aanzien van het internet. Aangezien de techniek zich verder ontwikkelt, dient ook de beveiliging steeds te worden aangepast aan de nieuwste ontwikkelingen, onder andere om hackers tegen te houden. Het is echter de vraag of het beding voldoende duidelijk is geformuleerd. Eerst leest de klant immers in art. 4 lid 3 dat hacken niet is toegestaan. In de volgende bepaling blijkt dat onverminderd het gestelde in art. 4 lid 3 hacken onder bepaalde voorwaarden toch door XS4ALL wordt toegestaan. Indien wij de bepaling uit art. 4 lid 4 letterlijk onder de loep nemen en afwegen tegen de toetsingscriteria is mijns inziens geen sprake van een onredelijk bezwarend beding voor de klant. Lid 4 betreft een uitwerking van de beveiligingsplicht van de ISP; klanten worden aangemoedigd om het systeem

295 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel H. Verplichtingen van de klant, onder 'Hacken toegestaan'.

van XS4ALL te testen.[296] Echter, in ons wetboek van strafrecht is in art. 138a SR een bepaling opgenomen waarin hacken (computervredebreuk) strafbaar is gesteld. Wat XS4ALL doet is bepalen dat wanneer is voldaan aan bepaalde voorwaarden, XS4ALL geen aangifte doet van computervredebreuk door de klant om zo haar eigen systeem te testen. De wederzijds kenbare belangen bij het beding zijn de beveiligingsplicht van de ISP en het belang van de klant die op elk moment van de dag betrouwbaar wil kunnen internetten. Hier vindt men een toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk ICT gebruik beschikbaarheid en vertrouwelijkheid die hier recht tegenover elkaar staan. Mijns inziens brengt contractsvrijheid mee dat partijen kunnen afspreken – en dat kan in dit geval door een bepaling in de algemene voorwaarden – dat geen aangifte wordt gedaan van overtreding van een strafrechtelijke bepaling. De wederrechtelijkheid wordt in dit geval opgeheven door het belang dat XS4ALL hecht aan het testen van haar systeem en daarmee het voldoen aan de beveiligingsplicht. Indien toestemming wordt verleend om iets weg te nemen is immers ook geen sprake van diefstal.

4.4.4 Gevolgen onredelijk bezwarend beding

Uit de toetsing kan worden opgemaakt dat bedingen in algemene voorwaarden van de onderzochte ISP's onredelijk bezwarend zijn op grond van de zwarte lijst, of vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn op grond van de grijze lijst, dan wel onredelijk bezwarend zijn op grond van de open norm in art. 6:233 sub a BW. Indien een beding in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is, is het beding vernietigbaar.[297] Vernietigbaarheid van een beding in de algemene voorwaarden van een ISP leidt in het algemeen niet tot vernietiging van de gehele overeenkomst. Dat komt omdat het bij algemene voorwaarden bijna altijd gaat om bedingen die geen essentieel onderdeel van de overeenkomst uitmaken. Na de vernietiging van een beding in algemene voorwaarden zal de overige inhoud van de ISP-overeenkomst dus meestal in stand blijven, er is dan sprake van partiële nietigheid conform art. 3:41 BW. Ook een beding zelf kan gedeeltelijk nietig zijn als het 'splitsbaar' is. Dat wil zeggen dat een deel van het beding wordt geschrapt als wat overblijft als een afzonderlijk begrijpelijk en redelijk beding kan voortbestaan.[298] Conversie (art. 3:42 BW) van nietige dan wel vernietigbare onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden van ISP's is in beginsel mogelijk maar dient met

296 Hackers worden gezien hun technische kennis van het internet soms door bedrijven in dienst genomen als systeembeheerder. Zo was de voormalige directeur van XS4ALL F. Rodriquez-Svensson ook een hacker. Zie: 'Van hacker tot politiek adviseur', *NRC Handelsblad* d.d. 15 november 1997.

297 Zie ook Hijma 2003, p. 69-82.

298 Zie Wessels & Jongeneel 1997, p. 28-29.

voorzichtigheid te worden toegepast. Het kan in ieder geval niet in situaties waarin aannemelijk is dat de ISP min of meer bewust onredelijk bezwarende bedingen hanteert c.q. de onredelijkheid op grond van art. 6:236 BW boven twijfel verheven is, dan wel op grond van art. 6:237 BW mag worden verondersteld. Conversie ontmoet geen bezwaar indien het een redelijke oplossing is gelet op de belangen van beide partijen.

Chello bepaalt het volgende:

> '24.3 Eventuele ongeldigheid van één of meer bepalingen van de overeenkomst of de algemene voorwaarden tast de geldigheid van de overige bepalingen niet aan.'

Bij XS4ALL kom ik de volgende bepaling tegen in art. 15 van de algemene voorwaarden:

> '15.3 Indien een of meerdere bepalingen van deze algemene voorwaarden nietig of vernietigbaar zijn, laat zulks de geldigheid van de overige bepalingen onverlet. In geval van nietigheid van een of meer bepalingen van deze voorwaarden zullen partijen gebonden zijn door regels van zoveel mogelijk overeenkomstige strekking, welke niet aan nietigheid blootstaan.'

De meeste van de onderzochte ISP's hebben soortgelijke bepalingen in hun algemene voorwaarden opgenomen.[299] In feite is deze bepaling niet noodzakelijk omdat de gevolgen van vernietiging in de wet worden geregeld (art. 3:41 BW). Ter verduidelijking is een dergelijke bepaling zeker niet overbodig.

4.5 CONCLUSIE

Kernbedingen en algemene voorwaarden vormen samen een ISP-overeenkomst. De door de klant te betalen prijs en de door de ISP te verrichten functies access, hosting en op grond van de omstandigheden van het geval de functies extra value en content zijn de kernbedingen van een ISP-overeenkomst. Daarnaast kunnen de aspecten snelheid en hoeveelheid in samenhang met access en hosting ook kernbedingen zijn. In algemene voorwaarden worden details opgenomen die deel gaan uitmaken van de ISP-overeenkomst. In dit hoofdstuk heeft een inhoudelijke toetsing van ISP-overeenkomsten plaatsgevonden. Bij de inhoudstoetsing van algemene voorwaarden die de ISP hanteert op de B2C markt spelen art. 6:233 sub a BW, art. 6:248 lid 2 BW en de zwarte en grijze lijst een rol.

---

299 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel B. Kopje 'algemeen', 'Toepasselijkheid algemene voorwaarden'.

Een beding in algemene voorwaarden kan vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de klant gelet op de aard van de ISP-overeenkomst. De ISP-overeenkomst is een gemengde overeenkomst: een overeenkomst van opdracht, met daarnaast elementen van koop en/of huur van zaken en het verstrekken van een licentieovereenkomst. Bovendien is de ISP-overeenkomst een duurovereenkomst wat problemen kan opleveren met betrekking tot het toepasselijk verklaren van gewijzigde algemene voorwaarden en het beëindigen van de overeenkomst. Om te beoordelen of een beding in een ISP-overeenkomst onredelijk bezwarend is voor de klant moet worden gekeken naar de omstandigheden van het geval ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Echter de omstandigheden die zich gedurende de overeenkomst voordoen spelen ook een rol bij de beoordeling omdat een ISP-overeenkomst een duurovereenkomst is. Het ter beschikking stellen van het ISP-netwerk aan klanten voor de functies access, hosting, extra value en content vormt een voortdurende verplichting voor de ISP. Indien er geen beschikbaarheid is, is afname niet meer mogelijk. Aangezien het beginsel beschikbaarheid centraal staat bij alle vier functies (met name bij access), dient beschikbaarheid te worden beschouwd als een noodzakelijke voorwaarde voor het uitoefenen van de functies. Beschikbaarheid is tevens een te bereiken resultaat. ISP's plegen zich niet te verbinden tot een feilloze beschikbaarheid van internetdiensten. De ISP-overeenkomst dient zodoende te worden beschouwd als een inspanningsverbintenis. Voorzover het beschikbaarheid betreft zou het echter wenselijk zijn dat de ISP-overeenkomst zou worden gekwalificeerd als een resultaatsverbintenis. Bij access is dan sprake van een resultaatsverbintenis die aan alle andere functies ten grondslag ligt.

De markt waarin een ISP zich begeeft is in ontwikkeling, zowel technisch als juridisch gezien, en speelt daarom een belangrijke rol bij de beoordeling van de inhoud van ISP-overeenkomsten.

ISP's verwijzen veelvuldig naar gedragscodes. De regels van gedragscodes beogen in het algemeen niet om regels te stellen die dezelfde rechtskracht hebben als de regels in een overeenkomst. Verwijzing vindt meestal plaats met behulp van een hyperlink in de elektronische algemene voorwaarden of een hyperlink op de website van de ISP. Indien de inhoudelijke betekenis van de gedragscodes verstrekkende gevolgen heeft voor de klant is het beter om de bepalingen integraal in de algemene voorwaarden op te nemen.

Een beding in algemene voorwaarden kan vervolgens vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de klant gelet op de overige inhoud van de overeenkomst. Duidelijkheid en helderheid in algemene voorwaarden is daarom van belang, ook om transparantie te bewerkstelligen.

Een beding in algemene voorwaarden kan ook vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de klant gelet op de wijze waarop de algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen. Meestal wordt door ISP's voor zowel de B2B als de B2C markt een zelfde pakket algemene voorwaarden gehanteerd, dat eenzijdig is vastgesteld.

Een beding in algemene voorwaarden kan daarnaast vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de klant gelet op de wederzijds kenbare belangen van partijen. Alleen die belangen kunnen een rol spelen die bij de contractsluiting al kenbaar waren voor zowel de ISP als zijn klant. Beschikbaarheid is een gemeenschappelijk belang.

Ten slotte kan een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar zijn indien het onredelijk bezwarend is voor de klant gelet op de overige omstandigheden van het geval. Als overige omstandigheden van het geval zijn de hoedanigheid van partijen, het bewust zijn van de strekking van het beding, afwijking van regelend recht, de algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik en de aard van de door de ISP te leveren dienst belangrijk.

De onderzochte bedingen in door ISP's gehanteerde algemene voorwaarden voldoen voor een gedeelte niet aan de wettelijke bepalingen uit de algemene voorwaarden regeling en zijn daarom vernietigbaar. In sommige onderzochte algemene voorwaarden is sprake van een subjectief criterium: 'naar het redelijk oordeel van de ISP'. De aard van een ISP-overeenkomst brengt mee dat een ISP maatregelen op grond van een subjectief oordeel moet kunnen nemen om aan zijn verplichtingen te blijven voldoen. Die subjectiviteit zal hij echter wel moeten kunnen onderbouwen anders is sprake van een onredelijk bezwarend beding. Dat de ISP te zijner keuze een bepaalde sanctie oplegt is niet onredelijk bezwarend omdat deze het oog heeft op het – mede ten aanzien van andere klanten – behoorlijk functioneren van het systeem. Daarbij komt, dat de ISP de klant van de sanctie in kennis behoort te stellen. Daarbij dient dan ook de reden voor het opleggen van de sanctie te worden vermeld. Indien de ISP geen reden opgeeft voor het verwijderen van de informatie of het beperken van het dataverkeer is dit in strijd met de kernbedingen access en hosting. Het prijsgeven van de identiteit van de klant in het kader van een strafvorderingsonderzoek is een bijzondere omstandigheid waarbij het soms niet is toegestaan en daarom onmogelijk is om de klant voorafgaand aan het treffen van de maatregel in kennis te stellen. Ook kan het op grond van technische omstandigheden niet mogelijk zijn om een klant voorafgaand aan een op te leggen sanctie daarvan in kennis te stellen. In alle andere gevallen dient de ISP de klant van de te treffen maatregelen vooraf in kennis te stellen. Het niet vooraf in kennisstellen is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Aangezien de betaling door de klant wel gewoon doorgaat kan een account niet door een ISP worden afgesloten indien een klant geruime tijd geen gebruik maakt van zijn account. In ieder geval niet zonder de klant hiervan in kennis te stellen.

In de weigeringsbedingen die ISP's hanteren, komen subjectieve criteria voor. Een opsomming van de weigeringsgronden die de ISP hanteert voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst, bijvoorbeeld op de website, zou de klant meer duidelijkheid verschaffen. Contractsvrijheid brengt mee dat een ISP zelf kan bepalen met wie hij overeenkomsten sluit en met wie niet. Een

weigeringsbeding op zich is daarom niet onredelijk bezwarend indien de weigeringsgronden kenbaar zijn of kenbaar worden gemaakt voor de klant.

Niet de bevoegdheid tot prijsverhoging als zodanig wordt verboden, omstandigheden kunnen immers meebrengen dat een prijsverhoging redelijk en billijk is. De bescherming is gericht tegen de onbeperkte gebondenheid van de consument aan een gewijzigde overeenkomst. Op grond van art. 7.2 TW rust op de ISP een informatieplicht en leveren eenzijdige prijsverhogingen de consument een grond tot kosteloze beëindiging van de overeenkomst op. In de prijsverhogingsbedingen wordt door de ISP's bepaald dat bij een prijsverhoging de klant de mogelijkheid heeft om de overeenkomst op te zeggen. Deze bedingen zijn daarom niet onredelijk bezwarend.

Onredelijk bezwarend zijn een beding dat elke bewijslevering door de klant uitsluit en een beding dat de klant de mogelijkheid ontneemt bepaalde bewijsmiddelen te bezigen. Een vormvoorschrift voor door de klant af te leggen verklaringen is wenselijk vanwege de bewijsvoering. Mondelinge welles-nietes situaties door raadpleging van een telefonische helpdesk kunnen hierdoor worden voorkomen. In de ISP-markt is het gebruikelijk dat ISP's een schriftelijke vorm eisen, de klant wordt hierdoor ook beschermd. Het vormvereiste 'elektronisch' is ook een vereiste dat in de ISP-markt redelijk is, omdat in veel gevallen de ISP-overeenkomst elektronisch tot stand is gekomen.

ISP's doen er verstandig aan de mogelijkheid van een beroep op de rechter in hun algemene voorwaarden te vermelden. De meeste onderzochte ISP's vermelden de mogelijkheid om binnen ten minste een maand te kiezen voor het forum dat op grond van de wet bevoegd is expliciet in hun algemene voorwaarden.

Een ISP is afhankelijk van technische voorzieningen van andere ISP's en networkproviders. Dit brengt met zich mee dat een ISP geen honderd procent beschikbaarheid kan garanderen hetgeen ook bij de klant bekend dient te zijn. Een zekere beperking van de beschikbaarheidsprestatie is daardoor gerechtvaardigd. Aangezien het verlenen van aansluiting op het systeem en het tot stand brengen en in stand houden van de verbinding verplichtingen op de ISP leggen, dient hij zich als een goed ISP betaamt in te spannen om hiertoe een gewenst resultaat te verwezenlijken. Echter, daarbij dient wel te worden vermeld dat de ISP zich naar redelijkheid inspant om beschikbaarheid te verwezenlijken. Beschikbaarheid, waarmee wordt bedoeld het tot stand brengen en in stand houden van de verbinding, is de belangrijkste verplichting die een ISP op zich neemt. Indien er geen verbinding mogelijk is, heeft een klant immers niets aan zijn ISP-overeenkomst. Men kan echter niet van ISP's verwachten dat zij het gehele risico voor storingen veroorzaakt door derden zullen dragen. Het verdelen van het risico voor storingen door een eigen risico voor de consument aan te houden en daarna het risico voor de ISP te laten kan redelijk worden geacht. De aard van een ISP-overeenkomst brengt mee dat een ISP niet meer kan doen dan zich zo goed mogelijk inspannen om beschikbaarheid voor de klant mogelijk te maken. Het garanderen van een onbelem-

merde toegang tot het systeem van de ISP en daarmee de garantie dat te allen tijde gebruik kan worden gemaakt van de diensten van de ISP is niet mogelijk.

Opvallend is dat de klant bij sommige ISP's zelf een inboedelverzekering voor het gehuurde kabelmodem moet afsluiten. Hier is sprake van contractsdwang. Bij sommige ISP's is de klant verplicht om over een domeinnaam te beschikken. Dan is ook sprake van contractsdwang omdat voor het verkrijgen van een domeinnaam een overeenkomst met de SIDN noodzakelijk is. Beter is het om een klant de keuze te laten wel of niet over een domeinnaam te beschikken.

Een klant heeft software nodig om gebruik te kunnen maken van het internet en zal bij gebruikmaking van de software de nodige zorg ten opzichte van het gebruik van de software in acht moeten nemen. Om de ISP te verzekeren dat de klant ook de nodige zorg in acht neemt dient hij de licentievoorwaarden te accepteren.

Omdat de techniek voortdurend in ontwikkeling is, is het onvermijdelijk dat algemene voorwaarden moeten worden gewijzigd. Zodoende is een wijzigingsbeding niet onredelijk bezwarend op grond van de aard van de overeenkomst. Het beding moet echter voldoende duidelijk geformuleerd zijn. Het moet voor een klant voldoende duidelijk zijn hoe en waar de ISP een wijziging in zijn algemene voorwaarden bekend maakt en wat de aard van de wijziging is. Ook moet een bepaling zijn opgenomen dat wanneer de klant het niet eens is met de wijzigingen hij de overeenkomst kan beëindigen. Een probleem dat zich kan voordoen wanneer algemene voorwaarden worden gewijzigd, is dat een redelijk beding wordt gewijzigd in een onredelijk bezwarend beding op grond van de zwarte of grijze lijst of op grond van de overige omstandigheden.

Aangezien een ISP zich verplicht om beschikbaarheid van de gevraagde diensten te leveren, kunnen bepaalde wijzigingen noodzakelijk zijn in het belang van het functioneren van de diensten. Dit kan echter niet zomaar gebeuren, zoals sommige ISP's bepalen. Wijzigingen dienen in ieder geval aan de klant te worden meegedeeld. Een e-mail-adres van een klant kan niet zonder melding vooraf aan de klant worden gewijzigd. Dit kan immers grote consequenties hebben voor de klant. Zo kan ook een wijziging van de log-in-procedure grote consequenties hebben voor de klant. De bedingen waarin de klant niet van de wijzigingen op de hoogte wordt gebracht zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Het is duidelijk dat de contractsvrijheid van een ISP wordt beïnvloed. Er is nu niet altijd sprake van een redelijke en evenwichtige contractuele verhouding tussen ISP's en hun klanten.

5 Beëindiging van ISP-overeenkomsten

5.1 Postcontractuele fase

De totstandkoming en de inhoud van ISP-overeenkomsten zijn in de voorgaande hoofdstukken aan bod gekomen. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de beëindiging van ISP-overeenkomsten en de rechtsgevolgen daarvan. Contractsvrijheid impliceert niet alleen dat partijen een partner in vrijheid moeten kunnen kiezen, maar ook dat zij, zij het onder voorwaarden, van partner moeten kunnen wisselen.[1] Naast vernietiging en ontbinding is opzegging uiteraard één van de in de praktijk onmisbare mogelijkheden om een ISP-overeenkomst te beëindigen.[2]

De opbouw van het hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 5.2 ga ik in op opzegging en in paragraaf 5.3 op opschorting en ontbinding. Per onderwerp wordt telkens eerst een beschrijving van de wet en regelgeving, jurisprudentie en relevante literatuur in het algemeen gegeven en vervolgens specifiek op de ISP-overeenkomst ingegaan. Mede aan de hand van de inhoudscriteria uit hoofdstuk 4 worden de door ISP's in de praktijk gehanteerde bedingen nader onderzocht en beoordeeld.[3] In paragraaf 5.4 bespreek ik de rechtsgevolgen van beëindiging van ISP-overeenkomsten. In paragraaf 5.5 wordt het hoofdstuk afgesloten met een conclusie.

5.2 Opzegging van ISP-overeenkomsten

In deze paragraaf staan de opzeggingsmogelijkheden van ISP-overeenkomsten voor ISP en klant centraal. In paragraaf 5.2.1 ga ik in op opzegging in het algemeen. Vervolgens worden in paragraaf 5.2.2 de opzeggingsbedingen in ISP-overeenkomsten beoordeeld.

---

1 Op dit punt vertoont het BW volgens Van de Paverd een belangrijk hiaat. Van de Paverd 1999, p. 61.

2 Zie ook Hammerstein 1996, p. 103. Opzegging is het onderwerp geweest van een viertal proefschriften: Strijbos 1985, over opzegging van duurovereenkomsten; De Vries 1990, over opzegging van obligatoire overeenkomsten; Van de Paverd 1999, over opzegging van distributieovereenkomsten; en De Hoon 2005, over conflictbeheersing bij opzegging.

3 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.7 'Criteria inhoud algemene voorwaarden ISP-overeenkomsten' en bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel C. Duur en beëindiging en paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.

5.2.1 Opzegging

De mogelijkheid de overeenkomst door opzegging te beëindigen, heeft zelfstandige betekenis naast de verschillende vormen van ontbinding.[4] Opzegging is echter niet in algemene zin in de wet geregeld; zelfs een algemeen opzeggingsbegrip komt in de wet niet voor.[5] Slechts in de regeling van een aantal bijzondere overeenkomsten worden regels ten aanzien van opzegging gegeven.[6]

Opzegging van een overeenkomst is een eenzijdige rechtshandeling die tot gevolg heeft dat de overeenkomst eindigt vanaf het moment waarop die rechtshandeling haar werking heeft.[7] Vanuit de ISP-overeenkomst bezien is opzegging de mededeling dat de klant dan wel de ISP de aangegane verbintenis wil doen ophouden. Het zal meestal om een opzegging door de klant gaan. Het spreekt vanzelf dat partijen allerlei redenen kunnen hebben om van de voortdurende gebondenheid af te willen. Opzegging is daartoe een geëigend middel, bijvoorbeeld wanneer de klant geen gebruik meer wil maken van de diensten of wil overstappen naar een andere ISP.

Een opzegging wordt geacht tot beëindiging van een duurovereenkomst te strekken.[8] Regels hiervoor zijn ontwikkeld in een reeks van beslissingen van de Hoge Raad.[9] Bijna alle ISP's hanteren overeenkomsten voor onbepaalde tijd met een minimum looptijd van één jaar.[10] Dit zijn in feite duurovereenkomsten voor bepaalde tijd, die na afloop van een minimum looptijd van rechtswege worden omgezet in overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Afhankelijk van de formulering van de bedingen die de ISP's hanteren kan ook sprake zijn van een overeenkomst voor onbepaalde tijd, die in het eerste jaar niet opzegbaar is. Juridisch gezien maakt dit niet zoveel verschil. Indien een

4 Buitengerechtelijke ontbinding is – anders dan opzegging – slechts mogelijk in het geval van een tekortkoming in de nakoming (art. 6:265 BW), is bovendien beperkt tot wederkerige overeenkomsten en strekt in beginsel ook tot het ongedaan maken van wat al op grond van de overeenkomst is verricht (art. 6:271 BW). Zie paragraaf 5.3.2 'Ontbinding'.

5 Verdaas geeft de wetgever in overweging de opzegbaarheid van duurovereenkomsten wettelijk te verankeren, Verdaas 2002, p. 631.

6 Onder andere voor de overeenkomst van opdracht. Zie De Vries 1993.

7 Zie bijvoorbeeld Strijbos 1985, p. 17 en 45, Van Dunné 2004, p. 823-848 en Hammerstein 1996, p. 103.

8 De Vries 1990, p. 248. Zie ook hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.4 'Duurovereenkomst'.

9 HR 7 december 2001, *Rechtspraak.nl*, LJN: AD3961; HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 120 (Latour/De Bruijn); HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 602; HR 29 mei 1998, *NJ* 1998, 641; HR 21 april 1995, *NJ* 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg), *AA* 1997, p. 513, m.nt Van Dunné; HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 m.nt. PAS (Mattel/Borka); HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990, 439 (Mondia/Calanda); HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 156 m.nt. ARB; HR 13 februari 1976, *NJ* 1976, 343; HR 15 april 1966, *NJ* 1966, 302 m.nt. GJS (Sanders/Sanders).

10 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel C. Duur en beëindiging.

duurovereenkomst niet voor een bepaalde tijd is aangegaan, duurt zij in beginsel tot in het oneindige voort.[11]

Om een duurovereenkomst te kunnen opzeggen dient daartoe een opzeggingsbevoegdheid te bestaan.[12] Een bevoegdheid tot opzegging vloeit voort uit de wet of de overeenkomst, terwijl het daarnaast mogelijk is dat partijen over een dergelijke bevoegdheid geen afspraak hebben gemaakt.[13] De jurisprudentie over opzegging betreft voornamelijk situaties waarin in de wet of de overeenkomst geen opzeggingsbevoegdheid is opgenomen. In ISP-overeenkomsten is daarvan over het algemeen wel sprake. Wanneer de bevoegdheid tot opzeggen wel in de overeenkomst is opgenomen, zullen daarin meestal ook de gronden voor opzegging zijn aangegeven, soms limitatief, meestal enuntiatief.[14]

De bevoegdheid om op te zeggen is niet onbeperkt.[15] Bij overeenkomst kunnen partijen bepalen dat in het geval van opzegging een bepaalde termijn in acht moet worden genomen. Indien de overeenkomst niet in een termijn voor opzegging voorziet, dient opzegging te geschieden met inachtneming van een redelijke termijn. Wat een redelijke termijn is, hangt af van de omstandigheden van het geval en in het bijzonder de wederzijdse belangen van partijen.[16] Te denken valt aan de duur van de betalingsperiode, omdat op grond van de ISP-overeenkomst steeds voor aanvang van een bepaalde periode door de klant dient te worden afgerekend.

Een opzegtermijn is door ISP's meestal in de algemene voorwaarden vastgelegd.[17] De ratio van een opzegtermijn is voor een ISP vooral het handhaven van een goede liquiditeitsplanning: als elke klant van de ene op de andere minuut kan opstappen heeft de ISP een probleem. Gedurende de opzegtermijn

---

11 'Bepaling van een tijdsduur houdt bij de duurovereenkomst in algemene zin in dat de prestatie of prestaties verschuldigd wordt (worden) en blijft (blijven) worden zolang de bepaalde tijdsduur duurt en daarna niet meer. Met deze zin wordt aangegeven dat het begrip bepaalde tijd twee aspecten bezit: namelijk die van minimumduur (de overeenkomst kan voor het verstrijken van die duur géén einde vinden) en die van maximumduur (de overeenkomst wordt na het verstrijken van die duur van rechtswege beëindigd).' Strijbos 1985, p. 31. Zie ook De Vries 1987 B.

12 'Een opzeggingsbevoegdheid bevordert de mobiliteit van de markt, wat vooral van belang is – en tevens een algemeen belang vormt – bij overeenkomsten van langere duur. Een opzeggingsbevoegdheid kan echter ook een machtspositie ten opzichte van de wederpartij bevorderen, wat de gewenste gelijkheid van partijen in gevaar kan brengen.' Strijbos 1985, p. 5. 'Het belang dat met de bevoegdheid tot opzeggen is gediend, is het belang van de flexibiliteit en vrijheid in het handelsverkeer.' Van de Paverd 1999, p. 66.

13 Van de Paverd 1999, p. 61.

14 Hammerstein 1996, p. 104.

15 Van de Paverd 1999, p. 62.

16 'Nu uit de bepalingen van de overeenkomst volgt dat deels per maand, deels per kwartaal diende afgerekend te worden, is de in acht genomen termijn van vijf dagen niet met de goede trouw in overeenstemming en behoort die termijn te worden gesteld op een maand.' Rb. Leeuwarden 22 maart 1956, *NJ* 1956, 460.

17 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel C. Duur en beëindiging.

blijft de overeenkomst in stand. Partijen dienen gedurende de looptijd van de opzegtermijn uitvoering te blijven geven aan de opgezegde overeenkomst. Bijzondere omstandigheden kunnen meebrengen dat opzegging tegen een kortere termijn dan de overeengekomene kan geschieden, bijvoorbeeld naarmate de wederpartij meer met de opzegging rekening kon houden, of indien de wederpartij schadevergoeding wordt aangeboden. Opzegging tegen een te korte termijn of tegen een verkeerde dag is ongeldig. De ongeldige opzegging tegen een te korte termijn is echter vatbaar voor conversie in een opzegging tegen een redelijke termijn.

Een ISP-overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht en kan daarnaast elementen van koop en/of huur in zich hebben.[18] In art. 7:408 BW wordt het einde van de overeenkomst van opdracht door opzegging geregeld. Er moet onderscheiden worden in opzegging door de opdrachtgever (klant) en opzegging door de opdrachtnemer (ISP). Opzegging door de opdrachtgever is te allen tijde mogelijk (art. 7:408 lid 1 BW). Het recht om te allen tijde te kunnen opzeggen is dwingendrechtelijk indien de opdrachtgever een consument is (art. 7:413 lid 2 BW).

De Vries noemt enkele voorbeelden van abonnements- of lidmaatschapovereenkomsten die onder de overeenkomst van opdracht regeling vallen: abonnementsovereenkomst op een tijdschrift of krant; de lidmaatschapsovereenkomst met een boeken- of muziek-club; de overeenkomst met een nutsbedrijf tot duurzame levering van energie of water; de overeenkomst tot aansluiting op en gebruik van het telefoonnet.[19] Een ISP-overeenkomst kan worden vergeleken met een abonnements- of lidmaatschapovereenkomst, in het bijzonder het laatste voorbeeld dat De Vries noemt, het telefoonabonnement. Deze overeenkomsten kunnen worden opgezegd door partijen, maar niet zonder inachtneming van een redelijke opzegtermijn. Een termijn is van belang vanwege het feit dat de contributie of het abonnementsgeld vaak per maand of kwartaal dient te worden voldaan. Bij opzegging 'te allen tijde' zoals neergelegd in art. 7:408 lid 1 BW dient daarom met betrekking tot een ISP-overeenkomst die is aangegaan voor onbepaalde tijd een redelijke opzegtermijn in acht te worden genomen.

Een gemiddelde consument kan in staat worden geacht de consequenties van het aangaan van een abonnement te overzien. Van abonnementen is bekend dat deze voor langere tijd binden, denk aan een abonnement op een krant. Indien een consument tekent om een jaar gebonden te zijn, geeft dit de opdrachtnemer het recht de consument daaraan te houden.[20] De omstandigheid dat men met het afsluiten van de overeenkomst daaraan ook een jaar gebonden is, zijn gebruikelijk in de maatschappij, zodat bescherming van de

18 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.3 'Gemengde overeenkomst'.
19 De Vries 2006, p. 155.
20 Allen 1999, p. 159; zie ook Van den Berg 1998.

consument op dit punt niet nodig lijkt.[21] Een abonnement op een krant dient meestal schriftelijk, vier weken voor afloop van de abonnementsperiode te worden beëindigd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement met een abonnementsperiode verlengd. Bij vele abonnementen en lidmaatschappen is deze situatie normaal. Met betrekking tot een ISP-overeenkomst is het wenselijker indien sprake is van een overeenkomst voor onbepaalde tijd met een minimumlooptijd van een jaar. Indien een klant met een ISP een ISP-overeenkomst voor bepaalde tijd – bijvoorbeeld een jaar – aangaat, en deze overeenkomst zal na verloop van een jaar worden omgezet in een overeenkomst van onbepaalde tijd, dan mag de ISP verwachten dat de overeenkomst in ieder geval niet gedurende het eerste jaar zal worden opgezegd door de klant.

De ISP die de overeenkomst is aangegaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf kan behoudens gewichtige redenen, de overeenkomst slechts opzeggen, indien zij voor onbepaalde duur geldt en niet door volbrenging eindigt, aldus het bepaalde in art. 7:408 lid 2 BW. Wanneer de ISP-overeenkomst na een jaar is omgezet naar een overeenkomst voor onbepaalde tijd, kan de overeenkomst door de ISP worden opgezegd, dan is immers sprake van een overeenkomst voor onbepaalde duur die niet door volbrenging eindigd. In beginsel kan een ISP dus niet opzeggen, tenzij er sprake is van gewichtige redenen. Deze regel sluit aan bij de praktijk, waarin professionele aanbieders van diensten in feite diensten 'verkopen' en de consument deze 'koopt'. Het betreft veranderingen in de omstandigheden die van dien aard zijn, dat de opdracht billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.[22] Indien de ISP failliet gaat, hoeft dat niet het einde te betekenen van de overeenkomst. De vermogenstoestand van de ISP hoeft immers niet in de weg te staan aan de dienstverlening van de ISP. De faillietverklaring heeft in beginsel geen gevolgen voor de bestaande wederkerige overeenkomsten op grond van art. 37 FW. Partijen kunnen wel overeenkomen dat de overeenkomst bijvoorbeeld eindigt met de ondercuratelestelling van de klant of het faillissement van één der partijen. Een ander geval is dat waarin de opdrachtnemer op redelijke grond weigert aanwijzingen van de opdrachtgever uit te voeren, terwijl de opdrachtgever hem niettemin aan die aanwijzingen houdt. In dat geval is de opdrachtnemer blijkens art. 7:402 BW bevoegd op te zeggen. Bij een ISP-overeenkomst zal dit zich echter niet snel voordoen.

Op de opzegging is in beginsel de loonregeling van art. 7:411 BW van toepassing. Art. 7:411 lid 1 BW bepaalt dat de opdrachtnemer (ISP) in beginsel recht heeft op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon indien de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht of voordat de

---

21 Zie echter het (initiatief)wetsvoorstel 'Voorstel van wet van de leden Crone en Van Dam houdende wijziging van Boek 2 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten)', *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 520, nr. 1-3

22 Zie De Vries 2006, p. 172-173.

overeengekomen tijd is verstreken, en de loonbetaling afhankelijk was gesteld van het volbrengen van de opdracht of het verstrijken van de bepaalde duur.[23] In art. 7:408 lid 3 jo. 413 lid 1 BW is geregeld dat de consument nimmer schadevergoeding voor zijn opzegging hoeft te betalen, maar hij moet wel de door de opdrachtnemer gemaakte onkosten en loon betalen, want die werken door tot de opzegging is gerealiseerd. De klant betaalt aan de ISP een abonnementsbedrag waarin het loon van de ISP verdisconteerd zal zijn. Doorbetaling van het resterende abonnementsbedrag tot het moment van beëindiging kan daarom redelijk worden geacht.

5.2.2 Opzeggingsbedingen in ISP-overeenkomsten

In deze paragraaf worden de in de bijlage beschreven voorwaarden die betrekking hebben op opzegging van de ISP-overeenkomst inhoudelijk beoordeeld.[24] Eerst volgt een toetsing van de bedingen aan de bepalingen in de zwarte en grijze lijst die betrekking hebben op opzegging van een overeenkomst. Indien een beding niet onder het toepassingsgebied van de zwarte of grijze lijst valt wordt beoordeeld of het beding onredelijk bezwarend is op grond van de open norm van art. 6:233 sub a BW.

5.2.2.1 Stilzwijgende verlenging van de overeenkomst: art. 6:236 sub j BW

Art. 6:236 sub j BW beoogt continuatiebedingen in een tweetal soorten overeenkomsten te treffen. Ten eerste de overeenkomst tot het geregeld afleveren van zaken. Bijvoorbeeld abonnementen op kranten en tijdschriften en de levering van gas en water door openbare nutsbedrijven. De leverantie van elektriciteit is afzonderlijk in art. 6:236 sub j BW opgenomen, omdat dit geen zaak betreft in de zin van art. 3:1 en 3:2 BW.[25] Ten tweede de overeenkomst tot het geregeld doen van verrichtingen, bijvoorbeeld cursus- en lesovereenkomsten. Ter toelichting verwijst de MvT ook naar art. 7:400 BW. Het geregeld doen van verrichtingen kan worden opgevat als het geregeld verrichten van werkzaamheden. De ISP-overeenkomst valt onder de tweede soort omdat het een overeenkomst is tot het geregeld doen van verrichtingen. Kort gezegd verbiedt art. 6:236 sub j BW dat voor deze overeenkomsten een stilzwijgende verlenging of vernieuwing voor langer dan een jaar plaatsvindt.[26] De consument dient

23 Zie De Vries 2006, p. 171.
24 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel C. Duur en beëindiging.
25 Zie Loos 1998.
26 Er ligt een (initiatief)wetsvoorstel bij de Tweede Kamer – *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 520, nr. 1-3 – waarin wordt beoogd art. 6:236 sub j BW zodanig te wijzigen dat stilzwijgende verlenging, met meer dan drie maanden, van een overeenkomst ontoelaatbaar is, tenzij de overeenkomst wordt omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd die door de

te worden beschermd tegen overeenkomsten met een onredelijk lange duur. Een ISP-overeenkomst pleegt te worden gesloten voor de duur van een jaar en na afloop van een jaar telkens stilzwijgend te worden verlengd, tenzij een der partijen voor het einde van dat jaar heeft opgezegd.[27] In geen van de bedingen die ik ben tegengekomen bij de onderzochte ISP's is bepaald dat de ISP-overeenkomst stilzwijgend wordt verlengd voor langer dan een jaar. De bedingen zijn daarom niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub j BW.[28]

5.2.2.2 Vorm en werking van verklaringen: art. 6:236 sub l BW

Bedingen betreffende de wijze van verzending – per gewone post, per aangetekende brief, per fax, per e-mail – vallen onder art. 6:236 sub l BW.[29] Het kantongerecht Zwolle achtte een beding in algemene voorwaarden dat voor de opzegging van een abonnementsovereenkomst een aangetekend schrijven vereiste, onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub l BW.[30] Eerder oordeelde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dat het in strijd was met de redelijkheid en billijkheid om zich op het ontbreken van een aangetekende brief te beroepen, terwijl met een telefonische opzegging akkoord werd gegaan.[31] De opzeggingsbedingen die ik ben tegengekomen in de ISP-overeenkomsten worden daarom mede getoetst aan art 6:236 sub l BW.

Opzegging van een ISP-overeenkomst kan meestal uitsluitend schriftelijk plaatsvinden.[32] Wanneer niet wordt vermeld hoe opzegging dient te geschieden, is het online c.q. elektronisch opzeggen van de overeenkomst op grond van art. 3:37 lid 1 BW ook geldig, bijvoorbeeld per e-mail.[33] Sommige ISP's bieden de klant uitsluitend de mogelijkheid de overeenkomst schriftelijk op

---

wederpartij opgezegd kan worden met een opzegtermijn van een maand. Stilzwijgende verlenging van ISP-overeenkomsten wordt hierdoor beperkt.

27 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen' onderdeel C. Duur en beëindiging. Zie ook paragraaf 5.2.2.3 'Contractsduur: art. 6:237 sub k BW'.

28 Zie echter paragraaf 5.2.2.4 'Opzegtermijn: art. 6:237 sub l BW'.

29 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.1.7 'Vorm en werking van verklaringen: art. 6:236 sub l BW' voor een uitgebreide beschrijving van art. 6:236 sub l BW.

30 Ktg. Zwolle 19 september 1995, *Prg*. 1996, nr. 4447.

31 Hof 's Hertogenbosch 2 januari 1995, *TvC* 1995, p. 177. Zie ook Ktg. Zaandam 12 februari 1998, *TvC* 1998, p. 114.

32 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel C. Duur en beëindiging.

33 Er ligt een (initiatief)wetsvoorstel bij de Tweede Kamer – *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 520, nr. 1-3 – waarin wordt beoogd aan art. 6:236 BW een sub o toe te voegen dat luidt: 'dat de wederpartij verbiedt om de overeenkomst, die schriftelijk of langs elektronische weg als bedoeld in artikel 227a lid 1 tot stand is gekomen, op een overeenkomstige wijze op te zeggen.' Deze bepaling zal er in voorzien dat een ISP niet mag eisen dat op een andere manier opgezegd moet worden, dan de wijze waarop een overeenkomst tot stand is gekomen. Dat betekent dat wanneer een ISP-overeenkomst via een website (of per e-mail) is gesloten, deze ook via de website (of per e-mail) moet kunnen worden opgezegd, en niet geëist kan worden dat dit schriftelijk per brief gebeurt.

te zeggen, maar geven zichzelf ook de mogelijkheid om de overeenkomst per e-mail te beëindigen.

De laatste zin in het beding in art. 3 sub b van de algemene voorwaarden van Vuurwerk is opmerkelijk: voor de opzegging van de ISP-overeenkomst door de klant is een aangetekend schrijven vereist, terwijl dat niet het geval is voor opzegging door de ISP. Tiscali bepaalt in art. 15 lid 2 van haar algemene voorwaarden dat de overeenkomst door beide partijen uitsluitend schriftelijk aangetekend per post kan worden beëindigd. Het vormvereiste 'schriftelijk per aangetekende post' is onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub l BW. De MvT bij art. 6:236 sub l BW bepaalt:[34]

> 'Zo zal het beding dat verzending per aangetekende brief vereist steeds ongeoorloofd zijn, wat wordt gerechtvaardigd door de overweging dat een dergelijk beding tegen de wederpartij zou kunnen worden gebruikt, terwijl de voorgeschreven wijze van verzending juist haar belangen dient.'

De kantonrechter te Zwolle zegt het met andere woorden:[35]

> 'Omdat aangetekende verzending in het belang van gedaagde is, mag eiseres zich niet op het ontbreken van aangetekende verzending beroepen om haar eigen belangen te dienen.'

5.2.2.3 Contractsduur: art. 6:237 sub k BW

Op grond van art. 6:237 sub k BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat voor een overeenkomst als bedoeld in art. 6:236 sub j BW (het geregeld afleveren van zaken of het geregeld doen van verrichtingen) een duur bepaalt van meer dan een jaar, tenzij de klant de bevoegdheid heeft de overeenkomst telkens na een jaar op te zeggen.[36] Een dergelijk beding beoogt de klant langer dan een jaar aan de overeenkomst gebonden te houden. Art. 6:237 sub k BW heeft alleen betrekking op duurovereenkomsten, zoals ze in art. 6:236 sub j BW worden gedefinieerd. Zoals wij zagen valt een ISP-overeenkomst daaronder.[37] Indien de minimum-contractsduur de duur van een jaar niet overschrijdt, verdraagt deze zich met art. 6:237 sub k BW. In andere gevallen zal de minimumduur moeten worden getoetst aan de open norm van art. 6:233 sub a BW. De ISP kan bewijzen dat een langere termijn dan een jaar niet onredelijk bezwa-

---

34 *Parl. Gesch.* Invoering boek 6, p. 1712.

35 Ktg. Zwolle 19 september 1995, *Prg.* 1996, nr. 4447.

36 Er ligt een (initiatief)wetsvoorstel bij de Tweede Kamer – *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 520, nr. 1-3 – waarin wordt beoogd in art. 6:237 sub k BW 'telkens na een jaar' te vervangen door 'telkens na een maand'. Indien een consument een ISP-overeenkomst van langer dan een jaar aangaat, zal hij of zij deze voortaan telkens na een maand kunnen opzeggen.

37 Zie paragraaf 5.2.2.1 'Stilzwijgende verlenging van de overeenkomst: art. 6:236 sub j BW'.

rend is voor de klant. Tegenover het belang van de consument bij de mogelijkheid om de overeenkomst op elk gewenst moment te beëindigen staat soms een zwaarwegend belang van de ISP bij de minimumduur. Bijvoorbeeld als er ten behoeve van de klant bepaalde kosten worden gemaakt die alleen zijn terug te verdienen als deze gedurende een bepaalde termijn in de prijs tot uitdrukking kunnen worden gebracht. De minimumduur moet dan op deze bijzondere omstandigheden zijn afgestemd. Zo kan er door de ISP een gratis modem zijn verstrekt, welke investering hij alleen kan terugverdienen met een minimum contractsduur van twee jaar.[38] Het gebruik in de betreffende branche c.q. het betreffende marktsegment en de betaalde prijs kunnen een rol spelen, maar het is zeker niet zo dat een beding redelijk is omdat het algemeen gangbaar is.

De bedingen die betrekking hebben op art. 6:237 sub k BW worden in de volgende paragraaf beoordeeld.

5.2.2.4 Opzegtermijn: art. 6:237 sub l BW

Op grond van art. 6:237 sub l BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de wederpartij aan een opzegtermijn bindt die langer is dan drie maanden of langer dan de termijn waarop de gebruiker de overeenkomst kan opzeggen.[39] Ook een beding als bedoeld in art. 6:237 sub l BW kan het effect hebben dat de klant langer dan hij wil aan een overeenkomst gebonden blijft. De ISP kan bewijzen dat een langere opzegtermijn dan drie maanden niet onredelijk bezwarend is voor de klant. Art. 6:237 sub l BW heeft niet alleen betrekking op duurovereenkomsten zoals ze in art. 6:236 sub j BW worden gedefinieerd, maar op alle overeenkomsten waaruit een opzeggingsrecht voortvloeit.[40] De door de onderzochte ISP's gehanteerde opzegtermijn bedraagt als regel een maand of dertig dagen.[41]

Art. 10 van de algemene voorwaarden van XS4ALL is gewijd aan de duur en het einde van de overeenkomst. Het beding in art. 10 lid 1 wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub k BW indien de in de ISP-overeenkomst bepaalde termijn langer is dan een jaar. Dan heeft de klant immers volgens de formulering in dit beding geen bevoegdheid de overeenkomst telkens na een jaar op te zeggen. Daarnaast is het beding onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub j BW indien de ISP-overeenkomst

38 Een mobiel telefoonabonnement wordt veelal ook voor twee jaar afgesloten wanneer de consument bij afsluiting een gratis telefoontoestel van het nieuwste model krijgt.

39 Er ligt een (initiatief)wetsvoorstel bij de Tweede Kamer – *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 520, nr. 1-3 – waarin wordt beoogd art. 6:237 sub l BW te wijzigen zodat de opzegtermijn bij overeenkomsten in principe een maand wordt en nooit langer is voor de consument dan voor de ISP.

40 Zie paragraaf 5.2.2.1 'Stilzwijgende verlenging van de overeenkomst: art. 6:236 sub j BW'.

41 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel C. Duur en beëindiging.

stilzwijgend met een zelfde termijn die langer is dan een jaar wordt verlengd. Het beding is niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub l BW omdat de opzegtermijn niet langer is dan drie maanden, namelijk één maand. En deze termijn is naar mijn weten niet korter dan die waarop de ISP de overeenkomst kan opzeggen. XS4ALL doet er verstandig aan om in overeenkomsten met consumenten de bepaalde termijn in de algemene voorwaarden in te vullen. Ingevuld kan worden één jaar, dan is sprake van een redelijk beding. Op basis van de onderzochte algemene voorwaarden kunnen bij de overige ISP's, net als bij XS4ALL, overeenkomsten worden aangegaan voor een bepaalde termijn die steeds na afloop stilzwijgend wordt verlengd. Deze bedingen worden vermoed redelijk te zijn voorzover ze niet in strijd zijn met de artt. 6:236 sub j, 6:237 sub k en 6:237 sub l BW. Wie er kan overgaan tot opzegging van de overeenkomst wordt in de algemene voorwaarden van XS4ALL niet expliciet aangegeven. Wij mogen dan aannemen dat zowel klant als ISP de overeenkomst kunnen opzeggen. De meeste ISP's bepalen expliciet dat de overeenkomst door elk der partijen kan worden opgezegd onder dezelfde voorwaarden.

Eerder is opgemerkt dat een beding waarin het beëindigen van een overeenkomst met onmiddellijke ingang is geregeld, zelden redelijk en billijk is. Een dergelijk beding wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub l BW omdat de opzegtermijn niet langer is dan drie maanden en ook niet langer is dan de opzegtermijn die de ISP voor zichzelf hanteert, maar zou wel onredelijk bezwarend kunnen zijn op grond van art. 6:233 sub a BW vanwege de aard van een ISP-overeenkomst. Voor opzegging van een ISP-overeenkomst zal altijd een redelijke termijn in acht moeten worden genomen. Wanneer sprake is van een gratis ISP en er dus geen tegenprestatie van de klant tegenover die van de ISP staat, is een opzegging met onmiddellijke ingang eerder redelijk.

Het beding dat Vuurwerk hanteert in art. 3 sub b van haar algemene voorwaarden is niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub l BW omdat de opzegtermijn niet langer is dan drie maanden en de opzegtermijn van klant en ISP gelijk zijn. Als opzegdatum geldt de datum van poststempel. Het is echter onduidelijk wat Vuurwerk verstaat onder 'opzegdatum'. Is het zo dat vanaf deze datum de opzegtermijn begint te lopen of is vanaf deze datum de ISP-overeenkomst ook daadwerkelijk opgezegd en treedt het einde van de overeenkomst in. Hier is sprake van een onduidelijke bepaling die onredelijk bezwarend kan zijn op grond van art. 6:233 sub a BW.

5.2.2.5 Overige (onredelijk bezwarende) bedingen

In deze paragraaf worden de overige opzeggingsbedingen in ISP-overeenkomsten getoetst aan de open norm van art. 6:233 sub a BW.[42]

42 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel C. Duur en beëindiging.

Opzegging dient bij Tiscali op grond van art. 15 lid 2 met opgaaf van reden te geschieden. Een beding op grond waarvan de ISP de bevoegdheid heeft de overeenkomst op te zeggen, zonder dat daarbij de opzeggingsgronden zijn aangegeven, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub d BW.[43] Dat een ISP de overeenkomst met opgaaf van reden moet opzeggen is dus redelijk. Een klant moet een ISP-overeenkomst echter zonder reden kunnen opzeggen. Voor de klant is dit beding daarom onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW.

De bepaling in de laatste zin van art. 14 lid 2 van de algemene voorwaarden van Demon is niet helder geformuleerd en leidt tot rechtsonzekerheid: kan de klant er nu van uit gaan dat hij heeft opgezegd of niet?[44] De verantwoordelijkheid voor het nog steeds gebruik kunnen maken van de dienst door de klant terwijl de klant de overeenkomst heeft opgezegd en de beëindigingdatum is verstreken, ligt bij de ISP. Een ISP kan dan niet bepalen, zoals Demon doet, dat de opzegging wordt beschouwd als niet gedaan. Het beding van Demon is om die reden onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW.

5.3 Opschorting en ontbinding van ISP-overeenkomsten

In deze paragraaf wordt ingegaan op opschortings- en ontbindingsmogelijkheden van ISP-overeenkomsten. De ISP-overeenkomst is een wederkerige overeenkomst: 'diensten' in ruil voor 'geld'.[45] Daardoor zijn de artt. 6:261 BW e.v. betreffende opschortingsrechten bij en ontbinding van wederkerige overeenkomsten van toepassing. Opschorting kan tot beëindiging van de overeenkomst leiden en wordt daarom in dit hoofdstuk behandeld. In de paragrafen 5.3.1 en 5.3.2 wordt eerst ingegaan op opschorting en ontbinding in het algemeen. Vervolgens worden in paragraaf 5.3.3 de opschortings- en ontbindingsbedingen in ISP-overeenkomsten beoordeeld.

5.3.1 Opschorting

Opschorting is het middel voor een schuldeiser om zijn eigen verplichting uit te stellen totdat de wederpartij aan zijn verplichting voldoet.[46] Degene die zich op een opschortingsbevoegdheid beroept, beoogt primair nakoming van de wederzijdse verplichtingen, maar wacht af totdat de wederpartij heeft gepresteerd. Het zal bij ISP-overeenkomsten voornamelijk om opschorting door

43 Zie paragraaf 5.3.3.3 'Beëindiging van de overeenkomst door de ISP: art. 6:237 sub d BW.'
44 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel C. Duur en beëindiging.
45 De 'gratis' ISP's zijn aan het uitsterven. Gratis was echter nooit echt gratis, ook dan was sprake van een wederkerige overeenkomst. Zie Diephuis 2000.
46 HR 19 februari 1988, *NJ* 1989, 343 m.nt. CJHB (Droog/Bekaert).

de ISP gaan. De opschorting tast noch de overeenkomst aan, noch de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Er kan een tijdsbepaling worden overeengekomen die de opeisbaarheid en/of aflosbaarheid van de verbintenis opschort of hiervoor een fatale termijn stelt. De werking van een verbintenis wordt dan opgeschort tot op het vooraf bepaalde tijdstip. Voor de klant zal het feit, dat hij het hem verschuldigde niet ontvangt, een sterke prikkel zijn om te betalen. Wanneer de ISP geen enkel vertrouwen meer in zijn klant heeft, zal hij direct willen ontbinden. Ook dan kan van een opschortingsbevoegdheid worden gebruik gemaakt. Zolang de ontbinding nog geen feit is, mag de eigen prestatie worden opgeschort. Het opschortingsrecht werkt dus primair als pressiemiddel en secundair als zekerheid.[47]

In het BW zijn enkele bepalingen opgenomen die betrekking hebben op opschorting. Afwijking is mogelijk, opschorting kan worden beperkt of verruimd. Vaak zal dit gebeuren bij algemene voorwaarden. Hoofdregel is dat nakoming van een verbintenis terstond na haar ontstaan kan worden gevorderd, tenzij er een tijdstip voor de nakoming is bepaald (art. 6:38 BW). Een vordering is dan opeisbaar. Zonder tijdsbepaling kan ieder van beide partijen zijn nakoming opschorten. Vaak zal uit de wet, de overeenkomst of het gebruik voortvloeien, dat één der partijen het eerst moet presteren. Zo is bij ISP-overeenkomsten meestal sprake van vooruitbetaling door de klant, en moet de klant dus het eerst presteren. De klant mist dan de mogelijkheid om zijn prestatie op te schorten, tenzij de klant zich kan beroepen op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW als er een goede grond is voor de verwachting dat de ISP zijn verplichtingen niet zal nakomen. De klant is tevens bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten op grond van art. 6:37 BW, indien hij op redelijke gronden twijfelt aan wie de betaling moet geschieden.[48]

In art. 6:52 BW is de opschortingsbevoegdheid neergelegd:

> 'Een schuldenaar die een opeisbare vordering heeft op zijn schuldeiser, is bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten tot voldoening van zijn vordering plaatsvindt, indien tussen vordering en verbintenis voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen. Een zodanige samenhang kan onder meer worden aangenomen ingeval de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan.'

Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat de reden voor en daarmee de mogelijkheid tot opschorting in een concreet geval ligt in de samenhang van de wederzijdse prestaties. Bij een ISP-overeenkomst is voldoende samenhang aanwezig tussen de prijs die de klant moet betalen en de functies die de ISP

47 Brunner & de Jong 2004, p. 112.

48 Uit de informatieplichten die in hoofdstuk 3 zijn besproken, zou kunnen worden opgemaakt dat de ISP deze gegevens bekend maakt. Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.4.2 'Informatie voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst'.

verricht. Het ligt voor de hand opschorting toe te laten voorzover de tekortkoming van de klant haar rechtvaardigt. Zo zal niet steeds een volledige opschorting van de eigen prestatie gerechtvaardigd zijn, maar is meestal slechts een gedeeltelijke opschorting – de ene dienst wel en de andere niet – toegestaan. Vereist is niet, dat daarbij sprake is van toerekenbaarheid of verzuim van de klant. Een schuldenaar is in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de eisen van de artt. 6:82 en 83 BW is voldaan, behalve voorzover hem de vertraging niet kan worden toegerekend of nakoming reeds blijvend onmogelijk is.

Het leerstuk van de exceptio non adimpleti contractus is een uitwerking van art. 6:52 BW en is een verweermiddel dat tegen een vordering tot nakoming wordt opgeworpen. De ISP die zelf zijn verplichting, hoewel deze opeisbaar is, niet nakomt, kan geen aanspraak maken op nakoming door zijn klant. Indien hij zijn klant niettemin op nakoming aanspreekt, kan deze de vordering afweren op grond van art. 6:262 BW. Wie ten onrechte nakoming van zijn verbintenis opschort, begaat daarmee een tekortkoming.

5.3.2 Ontbinding

Ontbinding is het middel voor een schuldeiser om te worden bevrijd van zijn eigen verplichting en leidt tot afstel. Bij ontbinding wordt tussentijds ingegrepen: de partij die ontbinding vraagt, wil – geheel of gedeeltelijk – worden bevrijd van een op haar rustende verbintenis.[49] Het zal bij ISP-overeenkomsten voornamelijk om ontbinding door de ISP gaan, maar ook de klant kan de overeenkomst ontbinden en indien gewenst elders een nieuwe soortgelijke overeenkomst sluiten. In dit hoofdstuk staat ontbinding wegens een tekortkoming centraal. Van een tekortkoming is sprake wanneer niet, niet tijdig of niet behoorlijk wordt gepresteerd. Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij op grond van art. 6:265 BW de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Voorzover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas, wanneer de schuldenaar in verzuim is. Een ingebrekestelling is dan vereist (artt. 6:81 en 82 BW), tenzij art. 6:83 BW van toepassing is. Het maakt geen verschil of de tekortkoming totaal is, dan wel betrekking heeft op een gedeelte of op de kwaliteit. Bovendien mag de tekortkoming ook worden veroorzaakt door een onmogelijkheid van nakoming die reeds ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bestond. Het is voor ontbinding niet noodzakelijk dat de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegere-

49 Over ontbinding zie ook hoofdstuk 3 paragraaf 3.4.4 'Ontbindingsrecht c.q. herroepingsrecht'.

kend. Ook in geval van overmacht van de schuldenaar kan zijn wederpartij de overeenkomst ontbinden.[50] De wettelijke bepalingen over ontbinding zijn van regelend recht, zodat partijen bij overeenkomst het recht op ontbinding en de gevolgen ervan kunnen uitsluiten of beperken.

Tekortkoming en ontbinding moeten met elkaar in evenwicht zijn en daardoor wordt bepaald of de schuldeiser in een concreet geval wel of niet mag ontbinden. Het gaat hierbij om het afwegen van de wederzijdse belangen. De contractuele context bepaalt of een tekortkoming voor de schuldeiser al dan niet gering is. In de formulering van art. 6:265 lid 1 BW komt tot uitdrukking, dat op de schuldenaar de bewijslast rust van omstandigheden die meebrengen dat het beroep van de schuldeiser op de ontbindingsmogelijkheid niet gerechtvaardigd is.

Een schuldeiser kan voor een ontbinding niet volstaan met de mededeling dat de door de tegenpartij geleverde prestatie niet deugt, maar moet ook verklaren dat hij op die grond de overeenkomst ontbindt. Ontbinding moet dus worden ingeroepen. Ontbindingsgronden kunnen bij overeenkomst in het leven worden geroepen. De overeenkomst wordt dan van rechtswege ontbonden, hetzij door het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde, hetzij doordat aan één van de partijen de bevoegdheid is toegekend de overeenkomst door een verklaring te ontbinden indien zich bepaalde feiten of omstandigheden voordoen. Voorbeeld van een beding dat betrekking heeft op de omstandigheden aan de zijde van de klant is een overschrijding van een betalingstermijn:

> 'In geval van te late betaling is de ISP gerechtigd (…) iedere met de klant gesloten overeenkomst dan wel gedeelten daarvan zonder sommatie of rechterlijke tussenkomst te ontbinden en van de klant volledige schadevergoeding te vorderen.'

Dit beding wijkt af van het bepaalde in art. 6:265 BW e.v. In de eerste plaats is ontbinding ook mogelijk indien de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt, namelijk bij een geringe overschrijding van de betalingstermijn. Vervolgens is ontbinding mogelijk van andere overeenkomsten dan de niet-nagekomen overeenkomst. De ISP zal moeten aantonen dat deze verruiming van zijn ontbindingsrecht gerechtvaardigd is. Een beding dat de ISP dit ontbindingsrecht slechts kan inroepen na vruchteloze aanmaning zou aan dit probleem tegemoet kunnen komen.

Het ligt voor de hand dat de schuldeiser ontbindt met ingang van de dag van de tekortkoming van de wederpartij omdat vanaf dat moment niet naar behoren wordt gepresteerd. De dag van de tekortkoming zal in veel gevallen enige tijd geleden zijn, omdat de schuldeiser niet altijd meteen tot ontbinding overgaat wanneer zijn schuldeiser niet naar behoren presteert. Daarnaast kan het voorkomen dat met ingang van een dag in de toekomst wordt ontbonden.

---

50 Zie hoofdstuk 6 paragraaf 6.3.2.3 'Overmachtbeding: art. 6:237 sub f BW'.

Dit kan bijvoorbeeld een optie zijn voor een ISP die te maken heeft met een klant die steeds te laat betaalt. Het kiezen van een ontbindingsmoment in de toekomst kan niet naar willekeur geschieden, maar moet aansluiten bij de belangen van zowel ISP als klant en kan dus niet al te ver in de toekomst liggen.

5.3.3 Opschortings- en ontbindingsbedingen in ISP-overeenkomsten

In de onderzochte opschortingsbedingen hanteren ISP's verschillende begrippen: opschorten, blokkeren, afsluiten, buiten gebruik stellen, het gebruik beperken, ontzeggen.[51] Daarbij kan het gaan om: de toegang van de dienst, de levering van de dienst, de klant of de verplichtingen van de ISP. In al deze gevallen is sprake van opschorting en heeft de opschorting betrekking op access en/of hosting. Het zal van de ernst van de situatie afhangen of opschorting onmiddellijk, zonder nadere aankondiging kan plaatsvinden. In de meeste gevallen zal een aankondiging van de ISP op zijn plaats zijn, indien dat in redelijkheid van de ISP kan worden verlangd.

Sommige ISP's hanteren het begrip 'opzegging' in hun algemene voorwaarden terwijl ze ontbinding bedoelen.[52] Dit kan beter worden vermeden omdat het verwarrend is.[53] Daarnaast hanteren enkele ISP's het begrip 'beëindigen', terwijl ontbinding wordt bedoeld. Daar heb ik geen problemen mee. Beëindigen dient als verzamelbegrip te worden gezien voor ontbinden en opzeggen. Sommige ISP's bepalen dat ieder der partijen, dus ook de klant, het recht heeft om de overeenkomst in specifieke gevallen te ontbinden. ISP's noemen meestal echter alleen ontbindingsgronden voor zichzelf in de algemene voorwaarden. De meeste ISP's bepalen dat ontbinding zonder nadere ingebrekestelling of rechterlijke tussenkomst en met onmiddellijke ingang kan plaatsvinden, zonder waarschuwing vooraf. Het hangt van de omstandigheden van het geval af in hoeverre dit redelijk is. Conform de wet, art. 6:267 lid 1 BW, kan indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand gekomen is, deze tevens door een langs elektronische weg uitgebrachte verklaring worden ontbonden. Geen van de ISP's verkiest deze mogelijkheid expliciet.

In deze paragraaf worden de in de bijlage beschreven voorwaarden die betrekking hebben op opschorting en ontbinding van de ISP-overeenkomst verder inhoudelijk beoordeeld. Eerst volgt een beoordeling van de contractuele bedingen aan de bedingen in de zwarte en grijze lijst die betrekking hebben op opschorting en ontbinding van een ISP-overeenkomst. Indien een contractueel beding niet onder het toepassingsgebied van de zwarte of grijze lijst valt, wordt beoordeeld of dit beding onredelijk bezwarend is op grond van de open

51 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.
52 Zie bijvoorbeeld art. 5 lid 4 XS4ALL.
53 Zie ook De Vries 1987 B.

norm van art. 6:233 sub a BW dan wel de toepassing ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is op grond van art. 6:248 lid 2 BW.

5.3.3.1 Uitsluiting/beperking ontbindingsrecht: art. 6:236 sub b BW

Art. 6:236 sub b BW keert zich tegen het uitsluiten of beperken van de krachtens afdeling 6.5.5 aan de wederpartij toekomende ontbindingsbevoegdheid wegens een tekortkoming in de nakoming. Het recht op ontbinding is een fundamenteel recht, zodat het uitsluiten of beperken in algemene voorwaarden van het recht op ontbinding het contractuele evenwicht in de kern aantast. Het leidt er immers toe dat terwijl de ISP niet of niet behoorlijk presteert, de klant zich niet van zijn corresponderende verbintenis, eventueel ten dele, kan bevrijden. Indien de aard en de ernst van de tekortkoming dit rechtvaardigt, moet de consument de overeenkomst kunnen beëindigen.

Voorbeelden van krachtens art. 6:236 sub b BW verboden bedingen zijn bedingen die een tekortkoming die ontbinding rechtvaardigt, niet tot ontbinding laat leiden door te bepalen dat op grond van haar bijzondere aard of geringe betekenis geen ontbinding gerechtvaardigd is.[54] Of bedingen die de klant de bevoegdheid ontnemen om met een buitengerechtelijke verklaring een overeenkomst te ontbinden.[55] Bedingen die de klant het recht ontnemen op gedeeltelijke ontbinding.[56] Of bedingen die in afwijking van art. 6:271 BW bepalen dat de klant geen recht op restitutie heeft van het al door hem gepresteerde. De niet in afdeling 6.5.5 geregelde ontbindingsgronden vallen niet onder art. 6:236 sub b BW. Art. 6:236 sub b BW heeft dus niet betrekking op de ontbindingsgronden van art. 6:258 en 259 BW. In algemene voorwaarden komen regelmatig bedingen voor die het ontbindingsrecht van de wederpartij uitsluiten of beperken.[57]

5.3.3.2 Uitsluiting/beperking c.q. uitbreiding opschortingsrecht: art. 6:236 sub c BW

Art. 6:236 sub c BW strekt ertoe te verbieden ten eerste de uitsluiting of beperking van volgens de wet aan de klant toekomende opschortingsrechten, en ten tweede uitbreiding van opschortingsrechten van de ISP. Men kan zeggen dat het contractuele evenwicht fundamenteel wordt aangetast indien een partij haar opschortingsrecht wordt ontnomen, terwijl niet slechts haar verplichting,

54 Vergelijk art. 6:265 lid 1 BW slot.
55 Vergelijking art. 6:266 lid 1 BW.
56 Vergelijking art. 6:270 BW.
57 Zie Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT1762, (HCC/Dell), r.o. 71 en 77. Het Hof bepaalt dat art. 11 van de algemene voorwaarden van Dell onredelijk bezwarend is voor consumenten omdat daar is opgenomen dat de koper de overeenkomst pas na dertig dagen kan ontbinden, wat in strijd met art. 6:236 sub b BW een beperking van het ontbindingsrecht oplevert. Zie ook Phoelich 2004, p. 13, waar hij stelt dat de zwarte lijst van toepassing is op de voorwaarden van HCCnet.

maar ook die van de tegenpartij opeisbaar is. Het uitgangspunt is dat partijen in beginsel gelijk oversteken, en dat zij het opschorten van hun eigen prestatie als pressiemiddel tegen de wederpartij kunnen hanteren. Aan dit fundamentele aspect van de gebondenheid uit een wederkerige overeenkomst dient niet door algemene voorwaarden afbreuk te kunnen worden gedaan.[58] Een veel voorkomende beperking van het opschortingsrecht is bijvoorbeeld het beding dat de klant bedoelde bevoegdheid voor het geval van ondeugdelijke nakoming ontzegt. Een verruiming van het opschortingsrecht van de ISP treft men vaak aan in zogenaamde overmachtclausules. In deze clausules worden veelal omstandigheden opgesomd die volgens gewone rechtsregels dikwijls geen overmacht opleveren.[59] Bijvoorbeeld:

> 'In geval van overmacht heeft de ISP het recht om te zijner keuze en zonder rechterlijke tussenkomst de uitvoering van de overeenkomst op te schorten (…) zonder dat de ISP daarvoor tot enige schadevergoeding gehouden zal zijn.'

Wanneer de opgesomde omstandigheden volgens de gewone rechtsregels geen overmachtsituaties opleveren, is de ISP bij niet-nakoming in verzuim. Het recht van de ISP om in die gevallen de overeenkomst op te schorten betekent dan een uitbreiding van de hem volgens de wet toekomende opschortingsrechten.

In art. 6 heeft Casema het gebruik van de Casema internet diensten geregeld.[60] Casema stelt in lid 4 dat beperkingen aan transmissiesnelheden en hoeveelheden dataverkeer die aan een klant worden opgelegd noodzakelijk kunnen zijn in verband met de beschikbaarheid van de diensten. Indien een klant zich niet aan de hem opgelegde beperkingen houdt, kan Casema de klant toegang tot de diensten ontzeggen. Uit het beding blijkt niet of, en zo ja hoe voldoende met de belangen van de klant rekening wordt gehouden en of de grond voor opschorting duidelijk wordt gemaakt voor de klant. Hier lijkt dus sprake te zijn van een uitbreiding van het opschortingsrecht van de ISP en dus van een onredelijk bezwarend beding op grond van art. 6:236 sub c BW.

Ook in art. 8 lid 3 van de algemene voorwaarden van Casema is sprake van een uitbreiding van het opschortingsrecht van de ISP.[61] Indien redelijkerwijs benodigd onderhoud aan het systeem van de ISP noodzakelijk is, is het redelijk dat de te leveren diensten van de ISP tijdelijk worden opgeschort. Daarover dient een ISP zijn klanten, indien mogelijk, tijdig te informeren. *Onbereikbaarheid* van de diensten tijdens het onderhoud is redelijk wanneer de klant over het onderhoud is geïnformeerd. Het beding is in zoverre niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub c BW dan wel art. 6:233

---

58 Zie Mvt Inv., *Parl. Gesch.* Boek 6, Inv. 3, 5 en 6, p. 1693.

59 Voor voorbeelden van omstandigheden zie hoofdstuk 6 paragraaf 6.3.2.3 'Overmachtbeding: art. 6:237 sub f BW'.

60 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

61 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Beheer'.

sub a BW. *Uitval* van diensten in het kader van onderhoud is echter onredelijk wanneer de klant daarover niet is geïnformeerd, dan is sprake van een tekortkoming aan de kant van de ISP. De ISP komt dan de kernverplichtingen van de overeenkomst niet na. Het beding is in zoverre onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub c BW.

Sommige ISP's hanteren in hun algemene voorwaarden het begrip 'weigeren'. Dit is echter geen juridisch begrip. De mogelijkheid tot weigering biedt geen meerwaarde indien een overeenkomst tot stand is gekomen. Door enkel de term 'opschorten' te hanteren is een beding duidelijk genoeg.

5.3.3.3 Beëindiging van de overeenkomst door de ISP: art. 6:237 sub d BW

In art. 6:236 sub b BW worden bedingen ontoelaatbaar geacht die het ontbindingsrecht van de klant uitsluiten of beperken.[62] Bedingen die de wettelijke mogelijkheden van de ISP tot beëindiging van de overeenkomst uitbreiden, vallen echter onder de grijze lijst. Op grond van art. 6:237 sub d BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de ISP van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt of hem de bevoegdheid daartoe geeft anders dan op de in de overeenkomst vermelde gronden die van dien aard zijn dat deze gebondenheid niet meer van hem kan worden gevergd. Een dergelijk beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat het bewerkstelligt dat de klant in het geheel geen recht heeft op de overeengekomen prestatie. De vraag of voldoende met de belangen van de klant rekening wordt gehouden staat daarbij centraal.

Het kan gaan om bedingen die omstandigheden aan de zijde van de ISP betreffen. Bijvoorbeeld een beding dat de ISP het recht geeft om zich in meer gevallen op overmacht te beroepen dan uit de wet voortvloeit. Voorbeeld van een zodanig beding is:

> 'Alle omstandigheden, waarvoor wij niet verantwoordelijk kunnen worden gesteld, in het bijzonder staking, uitsluiting, bedrijfsstoornissen van onverschillig welke aard, gebrek aan materiaal, evenals daarmee gelijk te achten omstandigheden, ontheffen ons van de verplichtingen en geven ons het recht de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te beëindigen.'[63]

In dit beding wordt een aantal omstandigheden genoemd die in de risicosfeer liggen van de ISP en niet op de klant behoren te worden afgewenteld. Voorts worden omstandigheden genoemd die al te onbepaald zijn of die in ieder geval

62 Zie paragraaf 5.3.3.1 'Uitsluiting/beperking ontbindingsrecht: art. 6:236 sub b BW'.
63 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel O. Overmacht.

niet altijd het vergaande gevolg van beëindiging van de overeenkomst rechtvaardigen.[64]

Daarnaast kan het gaan om bedingen die omstandigheden betreffen aan de zijde van de klant. Bijvoorbeeld een beding dat voor de klant nadelige consequenties verbindt aan omstandigheden die volgens de wet (nog) geen tekortkoming in de nakoming van de ISP opleveren. Tegen beëindigingsbedingen als zodanig bestaat geen bezwaar. Er moet echter op redelijke wijze met de belangen van de klant worden rekening gehouden. Dit betekent in de eerste plaats dat de grond voor beëindiging in de overeenkomst moet zijn vermeld. Deze grond zal in sommige gevallen slechts op vrij globale wijze kunnen worden gegeven. In de tweede plaats dient deze grond van zodanig gewicht te zijn dat verdere gebondenheid niet van de ISP kan worden gevergd. De ISP zal moeten aantonen dat de grond van voldoende gewicht is.

5.3.3.4 Rubricering opschortings- en ontbindingsgronden

Vaak regelen ISP's opschorting en ontbinding in één artikel in hun algemene voorwaarden en worden voor opschorting en ontbinding dezelfde gronden vermeld.[65] Voor de klant zal het voldoende duidelijk moeten zijn wanneer de ISP het recht heeft om de overeenkomst op te schorten dan wel te ontbinden. Ontbinden van de ISP-overeenkomst is de zwaarste sanctie die aan de klant kan worden opgelegd. Hieronder breng ik de verschillende opschortings- en ontbindingsgronden die ik in de onderzochte algemene voorwaarden ben tegengekomen onder in verschillende rubrieken. Aan de hand van de rubrieken worden de opschortings- en ontbindingsbedingen beoordeeld, of zij opschorting dan wel ontbinding rechtvaardigen en of bij de genoemde gronden voldoende rekening wordt gehouden met de belangen van de klant.

Klant voldoet niet aan de bepalingen van het aanvraagformulier
Door het formulier slechts gedeeltelijk of onjuist in te vullen is het mogelijk dat de klant licentievoorwaarden niet accepteert of dat hij valse of verkeerde persoonsgegevens invult. Het laatste leidt tot een grond voor ontbinding die van voldoende gewicht is indien de ISP persoonsgegevens moet verschaffen aan politie en justitie in verband met strafbare content afkomstig van een klant. Voor dat geval dient een ISP immers over correcte gegevens van zijn klant te beschikken. Indien op enig moment blijkt dat dat niet het geval is, heeft een ISP het recht om de uitvoering van de overeenkomst op te schorten of de overeenkomst te ontbinden. Het invullen van onjuiste persoonsgegevens kan ook duiden op het onder valse voorwendselen aangaan van een overeenkomst. Dan is sprake van bedrog en kan er voor de ISP aanleiding zijn tot vernietiging van de overeenkomst. Een ISP kan er echter voor kiezen om toch door te gaan

64 Zie ook hoofdstuk 6 paragraaf 6.3.2.3 'Overmachtbeding: art. 6:237 sub f BW'.
65 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.

met de overeenkomst door de uitvoering van de overeenkomst op te schorten totdat de juiste gegevens zijn ingevuld.

In lid 2 van art. 11 noemt XS4ALL een aantal omstandigheden op grond waarvan zij de overeenkomst met onmiddellijke ingang kan ontbinden. Het is voor de klant voldoende duidelijk wanneer de ISP het recht daartoe heeft, nu het gaat om het doorgeven van valse persoonsgegevens en de overeenkomst onder valse voorwendselen aangaan. Dit zijn gronden van zodanig gewicht dat gebondenheid niet langer van de ISP kan worden gevergd. In zoverre is sprake van een redelijk beding. Het niet doorgeven van wijzigingen in persoonsgegevens hoeft echter geen grond van zodanig gewicht te zijn dat gebondenheid niet langer kan worden gevergd. In zoverre wordt vermoed dat hier sprake is van een onredelijk bezwarend beding op grond van art. 6:237 sub d BW. Opschorting is in deze gevallen het geëigende rechtsmiddel.

Art. 14 lid 3 van Planet is vergelijkbaar met het beding van XS4ALL. Planet bepaalt daarin dat als de klant een onjuiste opgave doet van de onder artikel 2.1 gevraagde gegevens, Planet zich het recht voorbehoudt om de overeenkomst met de klant te beëindigen. De in art. 2 lid 1 genoemde gegevens zijn voor Planet belangrijk om zekerheid van de klant te verkrijgen dat hij aan zijn betalingsverplichtingen zal voldoen. Indien de klant wijzigingen met betrekking tot deze gegevens niet meedeelt of een onjuiste opgave doet, is het echter niet redelijk dat de ISP de overeenkomst zonder opgave van redenen beëindigt. Zolang een klant immers aan zijn betalingsverplichtingen voldoet en zich ook overigens niet in strijd met de voorwaarden van de overeenkomst gedraagt, is er voor de ISP een redelijke grond om aan de overeenkomst gebonden te blijven. Het beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub d BW. Wel komt opschorting in aanmerking.[66]

Een klant kan verwachten dat hij gebruik dient te maken van software waarvoor gebruikersvoorwaarden gelden.[67] Indien de klant de licentievoorwaarden niet accepteert, kan een ISP bepalen dat de overeenkomst niet tot stand zal komen. Art. 6:237 sub d BW of art. 6:233 sub a BW zijn dan niet van toepassing.

Kredietwaardigheid van de klant c.q. ISP twijfelachtig

Problemen met betrekking tot de kredietwaardigheid van de klant komen naar voren wanneer een incasso door de ISP niet slaagt, of in het geval dat de klant aan de ISP geen machtigingskaart tot betaling binnen de gestelde termijn verschaft. Daarnaast kan gerechtvaardigde twijfel over de kredietwaardigheid

66 In art. 4 lid 3 heeft Planet Internet een bepaling opgenomen voor de klant, niet zijnde een consument. Aangezien het hier geen consument betreft, zijn de zwarte en grijze lijst niet van toepassing. Het betreft hier een duidelijk voorbeeld van het regelen van twee markten in één pakket algemene voorwaarden.

67 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel J. Intellectuele eigendomsrechten, en hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.2.6 'Contractsdwang: art. 6:237 sub j BW'.

van de klant ontstaan wanneer deze geen waarborgsom stort terwijl de ISP dat verlangt, of niet op verzoek van de ISP zekerheid geeft tot nakoming van zijn verplichtingen. Wanneer de ISP zekerheid voor de betalingsverplichtingen van de klant wil krijgen, is een dergelijk beding niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW.

Indien een ISP de hem toekomende vergoeding niet verkrijgt, is het redelijk dat de diensten worden opgeschort totdat de klant zijn vergoeding heeft voldaan. Het betreft hier immers de kernbedingen – acces, hosting, extra value en content tegenover de prijs – van de ISP-overeenkomst.

Indien een klant niet voldoet aan een zekerheidstelling of een waarborgsom kan de ISP gerechtvaardigd twijfelen aan de kredietwaardigheid van de klant en is opschorting redelijk. Daarnaast vermelden sommige ISP's dat zij in geval van surséance van betaling van de klant de ISP-overeenkomst kunnen ontbinden.[68] Surséance van betaling wordt echter niet verleend aan een natuurlijk persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, een consument dus (art. 214 lid 4 FW).[69] Een natuurlijk persoon kan wel, indien redelijkerwijs is te voorzien dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden of indien hij in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, verzoeken de toepassing van de schuldsaneringsregeling uit te spreken (art. 284 lid 1 FW). De Wet Schuldsanering natuurlijke personen is dan van toepassing. Indien de klant in aanmerking is gekomen voor schuldsanering is ontbinding van de overeenkomst redelijk. Faillissement van de klant wordt ook als ontbindingsgrond door ISP's gehanteerd. Nakoming is dan blijvend onmogelijk geworden zodat ontbinding zonder ingebrekestelling mogelijk is, zoals sommige ISP's bepalen.

Diverse ISP's geven in hun algemene voorwaarden ook expliciet aan de klant de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden indien de kredietwaardigheid van de ISP twijfelachtig is. Zij hanteren dan één artikel op grond waarvan 'ieder der partijen' de overeenkomst kan ontbinden. Bij twijfel over de kredietwaardigheid van de ISP kan het gaan om surséance van betaling of faillissement. Daarnaast kan het gaan om liquidatie van de onderneming van de ISP. Het beding van Planet in art. 14 lid 4 geeft bijvoorbeeld zowel de klant als de ISP het recht om de overeenkomst te ontbinden in geval van faillissement van de wederpartij. De overige ontbindingsgronden hebben alleen betrekking op de situatie van de klant.

Klant komt verplichtingen overeenkomst niet na

Van het niet voldoen aan zijn verplichtingen is sprake indien de klant tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenis. De verplichtingen die voortvloeien uit de ISP-overeenkomst waaraan de klant zich dient te houden zijn – als

68 Zie bijvoorbeeld art. 11 lid 2 XS4ALL en art. 14 lid 4 Planet.

69 Dit is wederom een voorbeeld van het regelen van twee markten in één pakket algemene voorwaarden.

kernbeding – de betalingsverplichtingen. Indien een klant deze verplichtingen niet nakomt, kan een verdere gebondenheid van de ISP niet worden verlangd, hoewel eerst een ingebrekestelling moet uitgaan om vast te stellen dat de klant in verzuim is.

Het beding in art. 14 lid 3 van Planet wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub d BW.[70] In art. 14 zijn de gronden van beëindiging voldoende duidelijk voor de klant. Het zal echter van de ernst van de geschonden verplichtingen afhangen in hoeverre beëindiging van de overeenkomst redelijk is. Aangezien betaling door de klant een kernbeding van de overeenkomst is, zal ontbinding mogelijk zijn indien een klant ook na een ingebrekestelling niet voldoet aan zijn betalingsverplichtingen.

Planet heeft in art. 7 lid 13 een opschortingsbepaling in haar algemene voorwaarden opgenomen voor het geval een klant zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt.[71] Er wordt met de belangen van de klant rekening gehouden omdat Planet de klant, indien mogelijk, van tevoren in kennis stelt van het buiten gebruik stellen of beperken van de diensten en het de klant duidelijk wordt gemaakt dat hij zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt. Dit beding is niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW.

Indien de klant niet voldoet aan de aan hem opgelegde verplichtingen, kan XS4ALL op grond van art. 11 de overeenkomst opschorten dan wel ontbinden. Echter, de formulering 'indien het aan ernstige twijfel onderhevig is of de klant in staat is aan zijn of haar contractuele verplichtingen tegenover XS4ALL te voldoen' duidt op een vermoeden van een tekortkoming, er hoeft nog geen sprake van te zijn. De overeenkomst ontbinden voor een vermoeden van een tekortkoming is onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW. Deze sanctie kan pas worden opgelegd indien er sprake is van een tekortkoming. De bevoegdheid tot opschorting is op zijn plaats als de ISP een redelijk vermoeden van misbruik heeft. Als de grond in de overeenkomst staat vermeld, kan geen sprake zijn van een onredelijk bezwarend beding op grond van art. 6:237 sub d BW.

De ontbindingsgrond dat 'het aannemelijk is dat of het staat nagenoeg vast dat de klant aan de andere kant niet aan de uit de overeenkomst voortvloeiende betalingsverplichtingen zal voldoen' is onvoldoende bepaald.[72] Een dergelijk beding is onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub d BW omdat de grond van beëindiging niet voldoende is. 'Het zal moeten vaststaan dat' de klant niet aan de betalingsverplichtingen zal kunnen voldoen. De klant dient eerst in gebreke te worden gesteld alvorens de ISP de levering van de diensten opschort wanneer het aannemelijk is dat de klant niet aan de voorwaarden van de overeenkomst zal kunnen voldoen. Ook het begrip 'in grove

70 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.
71 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.
72 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.

mate nalatig geweest' kan pas effect sorteren wanneer zulks na een ingebrekestelling is vastgesteld.

Klant handelt in strijd met algemene voorwaarden: sanctie
Een klant kan in strijd handelen met diverse bepalingen uit de algemene voorwaarden van de ISP. Dan maakt de klant bijvoorbeeld misbruik van de ISP-overeenkomst: hij maakt geen gebruik van de diensten zoals het hem door zijn ISP is opgedragen en overtreedt daardoor de hem opgelegde gedragsnormen. ISP's hebben daartoe sanctiebepalingen in hun algemene voorwaarden opgenomen.[73] De aard en de overige inhoud van een ISP-overeenkomst brengen met zich mee dat het opleggen van sancties redelijk kan zijn. Wanneer gedragsnormen echter niet zijn opgenomen in de algemene voorwaarden zelf, maar in een gedragscode die geen onderdeel uitmaakt van de ISP-overeenkomst, kan de ISP de klant geen sanctie opleggen. Dan is het beding onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub d BW omdat de gronden waarop de overeenkomst kan worden ontbonden in de overeenkomst dienen te zijn vermeld.[74] De gedragscode dient door de klant te worden aanvaard om gelding te hebben. In de hieronder staande bedingen is sprake van sanctiebepalingen omdat de reden voor beëindiging van de overeenkomst is gelegen in 'het in strijd handelen met' of 'het misbruik maken van'. In de vorige rubriek ging het om een klant die de verplichtingen van de ISP-overeenkomst niet nakomt. De vorige rubriek richt zich op het kernbeding prijs, deze rubriek richt zich op de algemene voorwaarden van de overeenkomst. Indien de klant in strijd handelt met de algemene voorwaarden is het redelijk dat de ISP zich het recht voorbehoudt om de overeenkomst op te schorten, dan wel te ontbinden. De redelijkheid van de sanctie opschorting dan wel ontbinding is echter afhankelijk van de ernst van de overtreding.

In zoverre een beding opschorting regelt met betrekking tot 'het daadwerkelijk in strijd handelen met' is het beding niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub c BW dan wel op grond van art. 6:233 sub a BW. Indien de grond van zodanig gewicht is dat verdere gebondenheid niet van de ISP kan worden gevergd is ontbinding van de overeenkomst door de ISP redelijk. Indien een ISP aanwijzingen heeft dat zijn klant misbruik maakt, of via de account van zijn klant misbruik wordt gemaakt van de diensten of de programmatuur van de ISP is het redelijk dat de ISP de levering van de diensten zonder voorafgaande waarschuwing opschort indien de ernst van de misbruik dit met zich meebrengt. De bevoegdheid tot opschorting is op zijn plaats als de ISP een redelijk vermoeden van misbruik van de diensten heeft.[75] Echter, indien slechts sprake is van een vermoeden van misbruik door de klant is ontbinding

73 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.
74 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes'.
75 Zie hoofdstuk 6 paragraaf 6.2.4.2 'Hosting'.

onredelijk bezwarend. Indien het misbruik niet ernstig is, dient de klant voorafgaand te worden gewaarschuwd.

In art. 5 lid 4 van haar algemene voorwaarden heeft XS4ALL een sanctiemogelijkheid opgenomen, zij kan de aan de klant verstrekte aansluiting op het systeem buiten gebruik stellen. In art. 4 lid 1 tot en met 5 van de algemene voorwaarden van XS4ALL zijn de verplichtingen van de klant neergelegd.[76] Indien de klant niet voldoet aan de hem opgelegde verplichtingen kan de ISP met inachtneming van de proportionaliteit de sanctie instellen, dat is redelijk. In de eerste zin van art. 5 lid 4 bepaalt XS4ALL dat zij zonder aankondiging de aansluiting buiten gebruik kan stellen 'indien en zo lang' de klant handelt in strijd met de algemene voorwaarden. Dan is sprake van opschorting. Dit beding is niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub c BW, omdat opschorting in het geval van in strijd handelen met de algemene voorwaarden redelijk is. De klant dient echter wel (zonodig achteraf) op de hoogte te worden gesteld van de buitengebruikstelling en duidelijkheid te verkrijgen over waarom hij is afgesloten. In de tweede zin bepaalt XS4ALL dat indien de ernst van de overtreding dat rechtvaardigt, zij de overeenkomst met onmiddellijke ingang mag opzeggen. Hier kan echter geen sprake zijn van opzeggen, maar is sprake van ontbinden op grond van het door de klant in strijd handelen met de algemene voorwaarden omdat er sprake is van een ernstige overtreding. Het beding wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub d BW dan wel 6:233 sub a BW. De ontbindingsgrond is van zodanig gewicht – 'indien de ernst van de overtreding dat rechtvaardigt' – dat verdere gebondenheid niet van de ISP kan worden gevergd. Ook art. 11 van de algemene voorwaarden van XS4ALL gaat over opschorting en ontbinding. Indien de klant in strijd handelt met de hem in de overeenkomst c.q. algemene voorwaarden opgelegde verplichtingen kan XS4ALL de overeenkomst met onmiddellijke ingang ontbinden. Het beding in art. 11 lid 2 onder 4 wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub d BW. Ik acht het beding ook niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW omdat het voor de klant voldoende duidelijk is wanneer de ISP het recht heeft om de overeenkomst te ontbinden. Opvallend is dat XS4ALL in art. 11 lid 2 hetzelfde bepaalt als in art. 5 lid 4 van haar algemene voorwaarden.

Art. 4 van de algemene voorwaarden van Compuserve regelt online gedrag en content. Met 'deze regels' bedoelt Compuserve de 'Compuserve agreement terms & operating rules'. In art. 4 is bepaald:

> 'waarmee u bij deze instemt en ook zult naleven.'

Al eerder heb ik opgemerkt dat een consument een mogelijkheid moet krijgen in te stemmen en dat hem die instemming niet door een bepaling in de alge-

76 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel H. Verplichtingen van de klant.

mene voorwaarden kan worden opgelegd.[77] Dit beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat de gronden waarop de overeenkomst wordt opgeschort of beëindigd niet in de overeenkomst zijn vermeld maar in een apart document dat geen onderdeel uitmaakt van de overeenkomst omdat de regels niet zijn aanvaard door de klant.[78] Deze sanctiebepaling wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub d BW. Art. 8 van de ledenovereenkomst van Compuserve kan in samenhang worden gelezen met art. 4. 'Het lidmaatschap met onmiddellijke ingang beëindigen' duidt op ontbinding. Deze sanctiebepaling is niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub d BW omdat voldoende rekening wordt gehouden met de belangen van de klant en de gronden voor beëindiging uit het beding kunnen worden opgemaakt. Een waarschuwing vooraf dient altijd te worden gegeven indien de overtreding van de klant niet ernstig is. In art. 8 van de ledenovereenkomst van Compuserve is vervolgens sprake van opschorting voorzover het gaat om 'tijdelijk buiten werking stellen'. Deze sanctiebepaling is niet onredelijk bezwarend voorzover voldoende rekening wordt gehouden met de belangen van de klant en de gronden voor opschorting uit het beding kunnen worden opgemaakt. Er is echter sprake van subjectieve criteria en dat is verdacht: 'naar het redelijk oordeel van' en 'naar eigen goeddunken'. Compuserve somt in het artikel voorbeelden op van wanneer er sprake is van dergelijke situaties en maakt daarmee de criteria minder subjectief zodat ze toch niet onredelijk bezwarend zijn.

In art. 9 van de algemene voorwaarden van Chello zijn bepalingen over dataverkeer neergelegd. De klant dient zich op grond van lid 2 te onthouden van een overmatig gebruik van data zodat het gebruik van de Chello service en/of het internet door andere gebruikers wordt verstoord. In art. 9 lid 4 worden opschorting en ontbinding als sanctiemiddel genoemd. Daarnaast somt Chello nog andere sanctiemiddelen op die aan de klant kunnen worden opgelegd. Ontbinding is de zwaarste sanctie, de lichtste sanctie is een waarschuwing. Indien Chello een sanctie oplegt zal dit aan de klant worden medegedeeld. In art. 9 lid 4 wordt verwezen naar art. 21 waar opschorting en ontbinding als sanctiemiddel worden gehanteerd voor het geval dat een klant in strijd handelt met de algemene voorwaarden. Onder het in strijd handelen met de algemene voorwaarden vallen hinder als gevolg van de wijze waarop de klant gebruik maakt van de diensten en geen toegang verlenen ten behoeve van controle, onderhoud, reparatie of vervanging. De gronden voor ontbinding c.q opschorting zijn duidelijk vermeld. Aangezien Chello de bepaling: 'tenzij de ernst van de niet-nakoming ontbinding niet rechtvaardigt' hanteert mag er van uit worden gegaan dat Chello een redelijke belangenafweging maakt alvorens tot ontbinding over te gaan. Het beding is daarom naar maatstaven

77 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.4.4.1 'Instemming'.
78 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes'.

van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar op grond van art. 6:248 lid 2 BW.

In art. 11 lid 2 worden door Chello aan de klant verplichtingen opgelegd ten aanzien van het gebruik van nieuwsgroepen.[79] In art. 11 lid 3 is sprake van een sanctiebepaling. Indien een klant niet voldoet aan de verplichtingen die de ISP aan hem oplegt met betrekking tot gebruikmaking van nieuwsgroepen, kan de ISP aan de klant een sanctie opleggen die varieert van een waarschuwing tot beëindiging van de overeenkomst. Het opmerkelijke is dat de verplichtingen staan vermeld in een 'acceptable use policy' waarnaar door Chello wordt verwezen terwijl de sancties in het artikel staan vermeld. Dit wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub d BW voorzover het ontbinding betreft en voor het overige op grond van art. 6:233 sub a BW omdat de gronden niet in de overeenkomst zijn vermeld.

In art. 7 heeft Planet de verplichtingen van de klant neergelegd en daar vervolgens in lid 10 en 13 sancties aan gekoppeld.[80] Indien een klant zich niet aan de verplichtingen houdt heeft Planet volgens art. 7 lid 10 het recht om de overeenkomst met onmiddellijke ingang te ontbinden en een onmiddellijk opeisbare boete in rekening te brengen. Volgens lid 13 van art. 7 heeft Planet het recht om de dienst (tijdelijk) buiten gebruik te stellen indien een klant zich niet aan hem opgelegde verplichtingen houdt. De sanctie neergelegd in lid 13 is duidelijk lichter dan die neergelegd in lid 10. Het is voor de klant echter niet duidelijk wanneer welke sanctie kan worden ingesteld. In het kader van de proportionaliteit dient aan de klant eerst de sanctie neergelegd in lid 13 te worden opgelegd. Werkt dit niet voldoende, dan kan Planet overgaan tot de sanctie neergelegd in lid 10. In lid 13 wordt met de belangen van de klant rekening gehouden omdat Planet de klant, indien mogelijk, van tevoren in kennis stelt van het buiten gebruik stellen of beperken van de diensten. Dit beding is niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW. De sanctie neergelegd in art. 7 lid 10 kan worden opgesplitst in ontbinding en een boete. Wat betreft de boete is het beding onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW gelet op de aard en de overige inhoud van een ISP-overeenkomst.[81] Een ISP mag geen boetebeding als sanctiebepaling in een ISP-overeenkomst met een consument opnemen.

Klant maakt gedurende bepaalde tijd geen gebruik van zijn overeenkomst

Sommige ISP's hebben bepalingen opgenomen die consequenties verbinden aan het gedurende een bepaalde periode niet gebruik maken van de ISP-overeenkomst. Deze grond is niet van zodanig gewicht dat verdere gebondenheid

79 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer onder 'Nieuwsgroepen'.

80 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.

81 Zie hoofdstuk 4 paragrafen 4.3.2 'De aard van de ISP-overeenkomst' en 4.3.3 'Overige inhoud van de ISP-overeenkomst'.

niet van de ISP kan worden gevergd. Een gratis ISP-overeenkomst kan bij Tiscali bijvoorbeeld op grond van art. 15 lid 4 van haar algemene voorwaarden onmiddellijk en zonder nadere kennisgeving door Tiscali worden beëindigd, indien gedurende een periode van zestig dagen geen gebruik wordt gemaakt van de dienst.[82] De grond voor beëindiging van de overeenkomst staat bij Tiscali in de overeenkomst vermeld: niet gebruik maken van de diensten voor een bepaalde periode. Er is echter geen sprake van ontbinding op grond van een tekortkoming, want een klant heeft geen verplichting om gebruik te maken van de diensten. Vermoed wordt dat dit beding onredelijk bezwarend is op grond van art. 6:237 sub d BW omdat hier gebondenheid aan de overeenkomst nog steeds van de ISP kan worden gevergd en de klant geen mededeling verkrijgt dat en waarom zijn overeenkomst wordt beëindigd. Het gaat om een gratis overeenkomst hetgeen een bijzondere omstandigheid met zich meebrengt, maar de onredelijke bezwarendheid in dit geval niet opheft.

Gewijzigde omstandigheden die uitvoering overeenkomst onmogelijk maken
Gewijzigde omstandigheden die de uitvoering van de ISP-overeenkomst niet langer mogelijk maken zijn bijvoorbeeld liquidatie van de onderneming van de ISP, of het geval dat de ISP zijn ondernemingsactiviteiten feitelijk staakt. Een consument oefent geen bedrijf of onderneming uit, en kan in die zin niet worden geliquideerd.[83] Daarnaast kan in het geval van een kabel-ISP de overeenkomst tot levering van kabeltelevisie zijn beëindigd of de klant zijn verhuisd naar een locatie waar de betreffende kabel-ISP niet langer kan leveren. Voor een kabel-ISP is een kabelaansluiting essentieel om internetdiensten te kunnen leveren. Kabelproducenten zijn in Nederland gericht op een bepaald gebied. Indien de klant verhuist van het ene gebied naar een ander gebied zal hij onder het gebied van een andere kabelproducent vallen en niet langer gebruik kunnen maken van de diensten van zijn huidige kabel-ISP. Ook wanneer de overeenkomst met de klant voor de levering van kabeltelevisie nog niet is beëindigd, is levering van de diensten door de ISP niet langer mogelijk en nakoming blijvend onmogelijk geworden, zodat ontbinding kan plaatsvinden. ISP's stipuleren in hun algemene voorwaarden voor dergelijke situaties een recht van ontbinding.

ISP komt verplichtingen overeenkomst niet na
Een aantal ISP's hebben een ontbindingsmogelijkheid voor de klant in hun algemene voorwaarden opgenomen indien de ISP zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt. Het is opvallend dat ISP's deze bepalingen in hun algemene voorwaarden opnemen, het wijst de klant op zijn rechten. Beëindiging van de diensten draagt ontbinding van de ISP-overeenkomst met zich

82 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel C. Duur en beëindiging.
83 Dit is wederom een voorbeeld van hoe een ISP één pakket algemene voorwaarden hanteert voor twee verschillende markten.

mee. Er kan dan geen sprake meer zijn van opzeggen wanneer de ISP ernstig tekort komt in de nakoming van zijn verbintenis. Dit geeft de klant het recht om de ISP-overeenkomst te ontbinden.

Overmacht ISP
Sommige ISP's hebben bepalingen in hun algemene voorwaarden opgenomen die de ISP het recht geven de overeenkomst te ontbinden in geval van overmachtsituaties.[84] Deze bedingen dienen specifiek te worden getoetst aan art. 6:237 sub d BW omdat de ontbindingsgronden van de ISP op deze wijze niet onredelijk mogen worden verruimd. De overmachtsituaties moeten dus redelijke omstandigheden aan de zijde van de ISP betreffen, anders is ontbinding onredelijk bezwarend. Overmachtbedingen worden in hoofdstuk 6 behandeld, daar wordt ook ingegaan op de redelijkheid van de overmachtgronden.[85]

5.4 Rechtsgevolgen van beëindiging van ISP-overeenkomsten

In deze paragraaf ga ik in op de rechtsgevolgen die opzegging dan wel opschorting of ontbinding van een ISP-overeenkomst teweeg brengen. Eerst behandel ik in paragraaf 5.4.1 de rechtsgevolgen van opzegging, vervolgens ga ik in paragraaf 5.4.2 in op de rechtsgevolgen van opschorting en ontbinding. In paragraaf 5.4.3 worden de rechtsgevolgen van opschorting en beëindiging die ik in de algemene voorwaarden bij de verschillende ISP's ben tegengekomen beoordeeld.

5.4.1 Rechtsgevolgen van opzegging

Het spreekt voor zich dat het rechtsgevolg van een geldige opzegging is dat de ISP-overeenkomst wordt beëindigd. Een opzegging bewerkt niet alleen de bevrijding van de verbintenissen van de opzeggende partij, maar ook die welke op de opgezegde partij rusten.[86] Per definitie verdeelt de opzegging de overeenkomst in een verleden deel, dat in stand blijft, en een toekomstig deel, dat van zijn werking wordt beroofd.[87] Dit is de wil van de opzeggende partij, bij een ISP-overeenkomst meestal de klant. Hoe de rechtsverhouding tussen partijen verder moet worden afgewikkeld, hangt af van de omstandigheden van het geval en hetgeen partijen daaromtrent zijn overeengekomen.

De schade die de opgezegde partij lijdt kan, ondanks een eventueel gehanteerde opzegtermijn, voor vergoeding in aanmerking komen indien het onrede-

84 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel O. Overmacht.
85 Zie hoofdstuk 6 paragraaf 6.3.2.3 'Overmachtbeding: art. 6:237 sub f BW'.
86 De Vries 1990, p. 258.
87 Strijbos 1985, p. 23.

lijk is dat hij zijn schade (volledig) zelf draagt.[88] Tot op zekere hoogte zijn een redelijke opzegtermijn en schadevergoeding communicerende vaten; veelal zal, naarmate een langere opzegtermijn wordt gehanteerd de schade van de opgezegde partij kleiner zijn.[89] De klant die zijn overeenkomst voor afloop van de overeengekomen termijn beëindigt, is bij alle ISP's de resterende vaste periodieke kosten verschuldigd. Dit betekent dat hij zijn vaste maandelijkse kosten vermenigvuldigd met het aantal resterende termijnen moet betalen. Dan is echter geen sprake van schadevergoeding, maar van nakoming. Soms brengen ISP's hun klanten ook afsluitkosten in rekening. In dat geval zou wel sprake kunnen zijn van schadevergoeding.

5.4.2 Rechtsgevolgen van opschorting en ontbinding

Opschorting heeft tot gevolg dat een prestatie wordt uitgesteld. Dit impliceert dat degene die zich op een opschortingsrecht beroept duidelijk te kennen moet geven alsnog van de wederpartij nakoming te verlangen. De bevoegdheid tot opschorting eindigt wanneer het gevaar voor niet-nakoming ophoudt te bestaan. Gedurende de periode van opschorting blijft de verplichting van de schuldenaar beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Het gevolg van een ontbinding is dat de ontbindende partij enerzijds weliswaar geen recht meer heeft op de hem verschuldigde prestatie, maar anderzijds ook bevrijd is van zijn eigen verbintenis. In het geval van een gedeeltelijke ontbinding vervalt slechts dat deel van de verbintenissen, waarop de gedeeltelijke ontbinding betrekking heeft. Daarnaast laten de woorden 'daardoor getroffen' in art. 6:271 BW ruimte voor het geval, dat bepaalde bedingen naar hun aard buiten het bereik van de ontbinding vallen, omdat zij juist bedoeld zijn een regeling te geven voor situaties waarin wordt ontbonden, zoals een exoneratiebeding.[90] In art. 6:271 BW wordt voor wat betreft de gevolgen van de ontbinding onderscheid gemaakt naar gelang al wel of nog niet uitvoering is gegeven aan de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen. Voorzover de verbintenissen nog niet zijn uitgevoerd, vervallen ze op het moment van de ontbinding. Voorzover de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen wel zijn nagekomen, blijft de rechtsgrond voor deze nakoming in stand, maar ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds ontvangen prestaties. Een daadwerkelijke ongedaanmaking is onmogelijk bij een ISP-overeenkomst, maar na ontbinding dienen partijen elkaar zo goed als mogelijk in de oorspronkelijke toestand terug te brengen. De ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan op het moment waarop de ontbinding tot stand komt.

---

88 Verdaas 2002, p. 630.
89 Verdaas 2002, p. 631.
90 Zie hoofdstuk 6 'Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten'.

Art. 6:269 BW bepaalt dat ontbinding geen terugwerkende kracht heeft. Dit houdt in dat een ontbinding niet terugwerkt tot aan het moment waarop de overeenkomst is gesloten, maar begint te werken op het moment waarop zij plaatsvindt. De verbintenissen gaan daarom pas teniet op het moment van de ontbinding, en blijven bestaan vanaf het moment waarop de overeenkomst waaruit ze voortvloeien werd gesloten tot aan het moment waarop de ontbinding plaatsvindt. Door en met de ontbinding zijn partijen voor de toekomst van hun verplichtingen bevrijd. Vindt desondanks nog nakoming plaats, dan is deze onverschuldigd en kan de prestatie dienovereenkomstig worden teruggevorderd. De partij wier toerekenbare tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd is bovendien verplicht haar wederpartij de schade te vergoeden die deze lijdt, doordat geen wederzijdse nakoming maar ontbinding plaatsvindt.

5.4.3 Rechtsgevolgen van beëindiging in ISP-overeenkomsten

In deze paragraaf worden de in de bijlage beschreven bedingen die betrekking hebben op de rechtsgevolgen van opschorting en beëindiging (opzegging/ontbinding) inhoudelijk beoordeeld. De beoordeling vindt plaats aan de hand van art. 6:237 sub i BW van de grijze lijst en art. 6:233 sub a BW.

5.4.3.1 Vergoeding bij beëindiging van de overeenkomst door de klant: art. 6:237 sub i BW

Op grond van art. 6:237 sub i BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat voor het geval de overeenkomst wordt beëindigd anders dan op grond van het feit dat de klant in de nakoming van haar verbintenis is tekortgeschoten, de klant verplicht een geldsom te betalen, behoudens voorzover het betreft een redelijke vergoeding voor door de ISP geleden verlies of gederfde winst. Een boetebeding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat het, indien er hoge kosten in rekening worden gebracht bij het beëindigen van de overeenkomst, er gemakkelijk toe zou kunnen leiden dat de consument wordt afgehouden van bijvoorbeeld een opzegging waartoe hij volgens de wet of de overeenkomst gerechtigd is, of zelfs dat het voor de gebruiker aantrekkelijker wordt de overeenkomst te beëindigen dan haar verder na te komen. Onder art. 6:237 sub i BW valt niet de beëindiging als gevolg van een tekortkoming aan de kant van de klant. Wel vallen alle andere wijzen van beëindigen er onder: zowel beëindiging door een rechtshandeling van partijen als beëindiging door tussenkomst van een rechter of van rechtswege. Bij een rechtshandeling van een der partijen kan worden gedacht aan ontbinding of opzegging, waartoe de bevoegdheid zowel krachtens de overeenkomst als krachtens de wet kan bestaan. Op twee wijzen kan een ISP aantonen dat het

beding niet onredelijk bezwarend is. Ten eerste indien de hoogte van de geldsom redelijk is. Dit zal mede afhangen van de hoogte van de vergoeding, maar ook van andere omstandigheden, bijvoorbeeld op welke grond de beëindiging plaatsvindt en welke partij daartoe het initiatief neemt. Ten tweede indien de geldsom niet een redelijke vergoeding voor door de ISP geleden verlies of gederfde winst vormt, maar desondanks niet onredelijk bezwarend is. Bijvoorbeeld in het geval dat aan de klant bij een langlopend contract een korting wordt verleend bij betaling ineens van de gehele tegenprestatie voor een jaar, welke korting vervalt indien de overeenkomst tussentijds door de klant wordt opgezegd. Of bijvoorbeeld in het geval de aansluiting en het modem gratis zijn verstrekt of wanneer de klant de eerste drie maanden gratis gebruik kan maken van de aansluiting.

Een bepaling dat de voortijdige beëindiging van de overeenkomst door de klant in geen geval zal kunnen leiden tot restitutie van betaalde (abonnements)vergoedingen is redelijk. De klant wordt niet afgehouden van opzegging of ontbinding. Daarnaast is het redelijk dat al betaalde vergoedingen niet worden teruggegeven omdat de klant de tegenprestatie van de ISP heeft genoten.[91] In het geval de klant in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten en daarom de overeenkomst wordt beëindigd, kunnen beëindigingskosten redelijk zijn.

5.4.3.2 Overige (onredelijk bezwarende) bedingen: rechtsgevolgen opschorting

In deze paragraaf worden de opschortingsbedingen in ISP-overeenkomsten getoetst aan de open norm van art. 6:233 sub a BW voorzover ze betrekking hebben op de rechtsgevolgen van opschorting.

Vergoedingen blijven verschuldigd
Gedurende een opschorting is het redelijk dat de klant zijn vergoedingen verschuldigd blijft c.q. aan zijn betalingsverplichtingen moet voldoen, omdat de prijs een kernbeding is van de ISP-overeenkomst en de tegenprestatie van de ISP blijft bestaan. Ter verduidelijking kan een ISP hierover een bepaling in zijn algemene voorwaarden opnemen, zoals Planet doet in art. 7 lid 13.[92] Dat schade op grond van een toerekenbare tekortkoming van de klant door de ISP op de klant kan worden verhaald is redelijk indien de omstandigheden van het geval dit toelaten.

Heringebruikstelling
Van heringebruikstelling kan sprake zijn indien de klant binnen een door de ISP gestelde termijn alsnog aan zijn verplichtingen voldoet of zich aan bepaalde

91 Zie ook paragraaf 5.4.3.3 'Overige (onredelijk bezwarende) bedingen: rechtsgevolgen beëindiging'.
92 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.

voorwaarden houdt. Een ISP geeft dan duidelijk te kennen alsnog nakoming van de klant te verlangen, zie bijvoorbeeld art. 7 lid 14 van Planet Internet.[93] Indien een ISP kosten maakt bij het heraansluiten van de klant is ook het in rekening brengen van (her)aansluitkosten aan de klant redelijk omdat de ISP hier handelingen voor moet verrichten.

In gebreke blijven
Indien partijen in gebreke zijn c.q. blijven, wordt er geen afstand gedaan van enig recht. Het beding in art. 10 van de ledenovereenkomst van Compuserve heeft bijvoorbeeld betrekking op de situatie wanneer er sprake is van een tekortkoming en verschaft duidelijkheid op dat gebied: er wordt geen afstand gedaan van enig recht.[94] Hier is sprake van een redelijk beding.

5.4.3.3 Overige (onredelijk bezwarende) bedingen: rechtsgevolgen beëindiging

In deze paragraaf worden de beëindigingsbedingen in ISP-overeenkomsten getoetst aan de open norm van art. 6:233 sub a BW voorzover ze betrekking hebben op de rechtsgevolgen van beëindiging.

Algemene voorwaarden blijven betrekking beheersen
Voorzover het voor de afwikkeling van de beëindiging van de ISP-overeenkomst noodzakelijk is, blijven de algemene voorwaarden de betrekking tussen ISP en klant beheersen. Een dergelijke bepaling is niet noodzakelijk omdat dit ook uit de wet kan worden opgemaakt.[95] Deze bepalingen zijn echter niet overbodig en ter verduidelijking aan de klant aan te bevelen. Bijvoorbeeld de zin 'beëindiging van deze leden overeenkomst laat de rechten die u of CIS toekomen onverlet' in art. 8 van de algemene voorwaarden van Compuserve. Dit beding geeft de klant duidelijkheid over de afwikkeling van de rechtsverhouding na beëindiging van de overeenkomst.

Vorderingen worden door ontbinding volledig opeisbaar
Door ontbinding worden over en weer bestaande vorderingen – onmiddellijk en in het geheel – opeisbaar, bepalen sommige ISP's. Hier is sprake van een redelijk beding omdat dit aansluit bij de wettelijke regels omtrent ontbinding. Of de klant aansprakelijk is voor door de ISP geleden schade die is ontstaan door de ontbinding zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.[96]

93 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.
94 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.
95 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel B1.1 Toepasselijkheid algemene voorwaarden.
96 Zie hoofdstuk 6 'Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten'.

Vergoedingen alsnog voldoen
Aangezien de prijs een kernbeding is van de ISP-overeenkomst, is het redelijk dat de klant de vergoedingen tot aan het moment van beëindiging van de overeenkomst dient te voldoen. Zeker indien sprake is van een toerekenbare tekortkoming van de klant en daardoor de ISP-overeenkomst is beëindigd.

Opzeggen domeinnaam
Een ISP kan een redelijk belang hebben bij opzegging van de domeinnaam. Achter de dommeinnaam zit een nummerreeks die netwerkcomputers in staat stelt om het adres van de server van de ISP te bepalen waar de website met de betreffende domeinnaam wordt gehost. Dit nummer behoort tot een aan de ISP toegewezen serie van nummerreeksen. Het is daarom redelijk gezien de beperktheid van de serie van nummerreeksen van de ISP om de domeinnaam op te zeggen en daarmee het nummer vrij te krijgen voor een andere domeinnaam. Uiteraard betekent dat niet dat de domeinnaam in letters verdwijnt. De klant kan dezelfde domeinnaam via een andere ISP aanvragen. Deze krijgt dan een ander nummer. In sub c van art. 13 van haar algemene voorwaarden bepaalt Vuurwerk:

> 'Vuurwerk Internet kan bij ontbinding van de overeenkomst de registratie van de domeinnaam van de afnemer ongedaan maken. Ter zake aanvaardt Vuurwerk Internet geen enkele aansprakelijkheid.'

Dit beding is onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW. Een domeinnaam blijft gebonden aan een klant en een klant moet de mogelijkheid hebben om de domeinnaam mee te nemen naar een andere ISP. In het geval van Vuurwerk kan uit het beding in art. 11 worden opgemaakt dat de klant een overeenkomst met de SIDN heeft gesloten.[97] Vuurwerk kan de domeinnaam wel opzeggen bij ontbinding van de overeenkomst.

Retourneren kabelmodem
@Home, een kabel-ISP, heeft een bepaling met betrekking tot de gevolgen van beëindiging opgenomen in art. 13 lid 4.[98] Wanneer het ter beschikking stellen van het kabelmodem door @Home een huurovereenkomst betreft dient bij beëindiging van de overeenkomst het kabelmodem te worden teruggegeven aan @Home.[99] Indien het kabelmodem niet wordt geretourneerd of zich niet meer in goede staat bevindt anders dan door normale slijtage, is het redelijk dat de waarde van het modem op de klant wordt verhaald. Indien het modem

97 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Domeinnaam/IP-adres'.
98 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Toegang'.
99 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.1 'Koopovereenkomst en huurovereenkomst'.

in goede staat aan de ISP wordt geretourneerd ontvangt de klant de door hem betaalde waarborgsom terug.

Software vernietigen
De klant mag gedurende de overeenkomst gebruik maken van de ter beschikking gestelde software. Zodra de ISP-overeenkomst is beëindigd heeft de klant geen gebruiksrecht meer met betrekking tot de hem door de ISP ter beschikking gestelde software. Hoe de ter beschikking gestelde software door de klant kan worden vernietigd is echter niet duidelijk evenals hoe een klant zijn ISP in de gelegenheid kan stellen om de software te vernietigen. Indien de sofware op cd-rom aan de klant ter beschikking is gesteld, kan de cd-rom worden vernietigd. Een kopie van de software op de computer van de klant is dan echter niet vernietigd. Daarnaast kan de software via de website van de ISP aan de klant ter beschikking zijn gesteld. Vernietiging van de software is dan niet mogelijk, er kan slechts sprake zijn van verwijdering van de software van de PC van de klant. Het beding in art. 14 lid 5 van de algemene voorwaarden van Chello dat spreekt van vernietiging is echter redelijk.[100]

Gegevensbestanden blijven behouden
Gegevensbestanden zijn de door de ISP verzamelde gegevens, zoals adresgegevens, betreffende de klant.[101] Duidelijk is waarom de ISP deze gegevensbestanden van de klant na beëindiging van de ISP-overeenkomst wil behouden. Denk aan de situatie dat na beëindiging van de relatie de ISP wordt aangesproken door iemand die op de website van de ex-klant werd beledigd met het verzoek om de naam van de betreffende klant te overleggen. Een klant heeft er echter geen belang bij indien de ISP de gegevensbestanden behoudt. Een dergelijk beding is onredelijk bezwarend.

E-mail-adres en gebruikersnaam blijven eigendom ISP
Planet heeft art. 9 van haar algemene voorwaarden gewijd aan de dienst e-mail.[102] In lid 2 bepaalt zij dat het door de klant gebruikte e-mail-adres onder het Planet Internet domein, alsmede de gebruikersnaam eigendom blijven van Planet Internet. Dat de ISP rechthebbende is en blijft van een e-mail-adres van de klant is aannemelijk omdat achter de @ veelal de naam van de ISP staat en dat is een merk c.q. handelsnaam. Uit het e-mail-adres van een persoon kan dan worden opgemaakt met welke ISP die persoon een overeenkomst heeft gesloten. Indien een domeinnaam onderdeel uitmaakt van een standaardpakket van een ISP, valt de domeinnaam onder het domein van de ISP. Voor de domeinnaam van de klant staat dan de naam van de ISP die wederom een merk

100 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel J. Intellectuele eigendomsrechten.
101 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel A. Definities.
102 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer onder 'E-mail'.

c.q. handelsnaam is. Het is redelijk dat zodra de ISP-overeenkomst is beëindigd, de klant geen gebruik meer kan maken van zijn e-mail-adres en zijn standaard domeinnaam. De overeenkomst heeft immers een einde genomen. Na beëindiging van de overeenkomst kunnen echter nog berichten op het betreffende e-mail-adres van de klant binnenkomen. Sommige ISP's bieden daarom de mogelijkheid om met betrekking tot de dienst e-mail de account nog een aantal maanden te laten doorlopen. Het is echter niet duidelijk in hoeverre Planet rechthebbende kan blijven op de gebruikersnaam. Planet verstaat onder gebruikersnaam de door de ISP aan de klant toegekende identificatiecode, bestaande uit een combinatie van letters en cijfers.[103] Het is onduidelijk of er een recht kan rusten op een dergelijke gebruikersnaam. En zo ja, wie na beëindiging van de overeenkomst rechthebbende daarop blijft. Het is niet aannemelijk dat de ISP rechthebbende is van een gebruikersnaam die enkel bestaat uit een combinatie van cijfers en letters.

Nieuwe overeenkomst aangaan
Indien de overeenkomst tussen ISP en klant is beëindigd is de klant gerechtigd een nieuwe overeenkomst met een ISP aan te gaan. Het is dan aan de ISP om te besluiten het aanbod van de klant te aanvaarden. In art. 8 regelt Compuserve bijvoorbeeld dat zij toestemming kan verlenen aan een klant om na beëindiging van de overeenkomst opnieuw gebruik te maken van Compuserve, en een nieuwe ISP-overeenkomst met Compuserve aan te gaan. Dit is echter een volstrekt overbodige bepaling in de algemene voorwaarden.

5.5 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is ingegaan op de beëindiging van ISP-overeenkomsten en zijn de algemene voorwaarden van ISP's onderzocht die betrekking hebben op beëindiging van een ISP-overeenkomst door de klant of ISP. Beëindigen is het verzamelbegrip voor opzeggen en ontbinden. ISP-overeenkomsten bevatten expliciete bepalingen die betrekking hebben op het einde van de overeenkomst. Daarbij wordt dikwijls geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen ontbinding en opzegging, ondanks het feit dat deze rechtsfiguren zowel qua aard als wat betreft hun rechtsgevolgen verschillen. Opschorting kan een aanleiding zijn tot beëindiging van de overeenkomst.

De meeste ISP's bepalen dat onder bepaalde voorwaarden de overeenkomst door middel van opzegging door elk der partijen eenzijdig kan worden beëindigd, met instandhouding van wat al ter uitvoering van de overeenkomst is verricht. Zowel de klant als de ISP hebben dan opzeggingsbevoegdheid. Een ISP-overeenkomst aangegaan voor onbepaalde tijd kan door opzegging eenzijdig worden beëindigd. Een aantal ISP's bepaalt dat de overeenkomst aangegaan

103 Zie bijlage paragraaf 5.1 'Algemene bedingen', onderdeel A. Definities.

voor een bepaalde termijn van een jaar niet tussentijds kan worden opgezegd tenzij er sprake is van onvoorziene omstandigheden. Dit is een gangbare situatie bij abonnementsovereenkomsten en redelijk op grond van de wet, maar bij ISP-overeenkomsten niet wenselijk. Een ISP-overeenkomst aangegaan voor een bepaalde termijn kan na verstrijken van de termijn stilzwijgend worden verlengd met telkens maximaal een jaar. Wenselijk is dan dat de overeenkomst steeds opzegbaar is. Een klant kan een ISP-overeenkomst zonder reden en motivering opzeggen. In sommige gevallen verzoekt de ISP zijn klant om de opzegging te motiveren. Het staat een klant vrij om aan dit verzoek te voldoen. De ISP die de bevoegdheid bedingt de overeenkomst op te zeggen, dient de opzeggingsgronden op te sommen in de algemene voorwaarden. Hierbij geldt bovendien dat deze gronden de opzegging moeten rechtvaardigen en als opzeggende partij dient de ISP de opzegging altijd aan de klant te motiveren. Bij de meeste ISP's moet voor opzegging een opzegtermijn in acht worden genomen, deze mag niet langer zijn dan drie maanden. Doorgaans kan alleen tegen het einde van de maand worden opgezegd. Een advies aan de ISP's is om altijd een redelijke opzegtermijn in hun algemene voorwaarden op te nemen. Meestal kan uitsluitend schriftelijk worden opgezegd, soms ook per fax of e-mail. Een ISP-overeenkomst die elektronisch via internet is aangegaan kan dus niet altijd elektronisch worden opgezegd. Onduidelijkheid over wanneer er precies is opgezegd, wanneer de ISP-overeenkomst precies eindigt en wanneer er tijdig is opgezegd vermijdt een ISP door aan de opzeggingsbevoegdheid vormvereisten te stellen en een opzegtermijn te hanteren. Een beding dat opzegging door de klant per aangetekende brief vereist is onredelijk bezwarend. Een ISP kan opzegging niet als sanctiemiddel hanteren indien een klant zich niet gedraagt conform de hem door zijn ISP opgelegde gedragsregels; als sanctie kan dan gebruik worden gemaakt van ontbinding.

De uitvoering van de ISP-overeenkomst kan door de ISP worden opgeschort indien de klant niet voldoet aan de bepalingen van het aanvraagformulier, de kredietwaardigheid van de klant twijfelachtig is of de klant zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt. Samenhang tussen vordering en verbintenis moeten de opschorting rechtvaardigen, anders is opschorting niet mogelijk. De opschortingsgronden dienen zodoende duidelijk te zijn. ISP's breiden hun opschortingsrechten nogal eens uit in strijd met art. 6:236 sub c BW, in veel gevallen wordt echter voldoende met de belangen van een klant rekening gehouden. Op een ISP rust de zorgplicht om over voldoende capaciteit voor zijn klanten te beschikken, zodat de klanten de diensten kunnen gebruiken. De capaciteit van een ISP is echter niet door een klant na te gaan. Het (tijdelijk) ontzeggen dan wel beperken of uitvallen van toegang zal daarom in veel gevallen onredelijk bezwarend zijn. Een ISP dient, indien mogelijk, de klant van tevoren op de hoogte te stellen van zijn voornemen om de overeenkomst op te schorten. De rechtsgevolgen die een opschorting met zich meebrengt zijn dat de klant zijn vergoeding verschuldigd blijft en door partijen wordt geen afstand gedaan van enig recht. Zodra een klant alsnog aan zijn

verplichtingen voldoet en zich houdt aan bepaalde voorwaarden kan een ISP overgaan tot heringebruikstelling.

Een ISP-overeenkomst kan door zowel klant als ISP door middel van ontbinding worden beëindigd. De in ISP-overeenkomsten genoemde gronden voor een klant om de overeenkomst te ontbinden zijn een ISP die zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt, gerede twijfel over de kredietwaardigheid van de ISP en gewijzigde omstandigheden die de uitvoering van de overeenkomst onmogelijk maken. De genoemde gronden waarop de ISP de overeenkomst kan opschorten worden ook genoemd voor ontbinding. Daarnaast zijn de genoemde gronden waarop de ISP de overeenkomst kan ontbinden gewijzigde omstandigheden die de uitvoering van de overeenkomst onmogelijk maken en overmacht van de ISP. De gronden voor ontbinding dienen duidelijk te zijn vermeld in de algemene voorwaarden en van zodanig gewicht te zijn dat verdere gebondenheid niet van de ISP kan worden gevergd. ISP's breiden hun ontbindingsrechten uit in strijd met art. 6:237 sub d BW. ISP's noemen gronden die niet van zodanig gewicht zijn en daarom gebondenheid nog steeds van de ISP kan worden gevergd, bijvoorbeeld wanneer een klant gedurende een bepaalde tijd geen gebruik maakt van de diensten. Soms regelen ISP's opschorting en ontbinding in hetzelfde artikel zodat voor opschorting en ontbinding dezelfde gronden worden vermeld. De ISP zal dan op grond van de omstandigheden van het geval moeten beoordelen of opschorting dan wel ontbinding een redelijk middel is. In de meeste gevallen wordt voldoende rekening gehouden met de belangen van de klant. ISP's regelen niet expliciet iets over het motiveren van een opschorting dan wel ontbinding, maar geven een klant meestal eerst een waarschuwing of stellen de klant voortijdig in kennis.

ISP's kunnen het opschorten c.q. ontbinden van de ISP-overeenkomst ook als sanctiemiddel hanteren indien een klant in strijd handelt met de algemene voorwaarden. De ISP moet de klant voorzover mogelijk van te voren op de hoogte stellen van het opleggen van een sanctie. Of een sanctie redelijk is, zal altijd afhankelijk zijn van de omstandigheden van het betreffende geval. Een ISP zal steeds een redelijke afweging moeten maken voordat hij een bepaalde sanctiemaatregel gaat toepassen. De bevoegdheid tot opschorting is op zijn plaats als de ISP een redelijk vermoeden van misbruik heeft. De bevoegdheid tot ontbinding voor een vermoeden dat de klant in strijd handelt met één van de bepalingen is onredelijk bezwarend op grond van art. 6:233 sub a BW. Een ISP kan zijn klant geen sanctie opleggen wanneer een klant niet voldoet aan gedragsnormen die zijn opgenomen in een gedragscode die geen onderdeel uitmaakt van de ISP-overeenkomst wanneer de klant deze niet heeft aanvaard. Een boetebeding als sanctiebepaling in een ISP-overeenkomst is per definitie onredelijk bezwarend gezien de aard en de overige inhoud van een ISP-overeenkomst.

De meeste rechtsgevolgen die de ISP's opsommen inzake beëindiging van de overeenkomst zijn redelijk: de algemene voorwaarden blijven de betrekking beheersen om een goede afwikkeling te bewerkstelligen, de vorderingen

worden door ontbinding volledig opeisbaar, de klant dient de openstaande vergoedingen alsnog te voldoen en wanneer hij een kabelmodem heeft gehuurd dient de klant deze te retourneren. Het is redelijk gezien de beperktheid van de serie nummerreeksen van de ISP om de domeinnaam op te zeggen en daarmee het nummer vrij te krijgen voor een andere domeinnaam bij beëindiging van de ISP-overeenkomst. Het is onredelijk bezwarend wanneer een ISP na beëindiging van de ISP-overeenkomst gegevensbestanden van klanten behoudt. De door de ISP ter beschikking gestelde software kan bij beëindiging van de ISP-overeenkomst niet worden vernietigd, maar slechts van de PC van de klant worden verwijderd. Een e-mail-adres blijft bij beëindiging van een ISP-overeenkomst in eigendom van de ISP. Het is niet aannemelijk dat een ISP rechthebbende kan zijn van een gebruikersnaam die enkel bestaat uit een combinatie van cijfers en letters zonder dat zijn eigen merk- c.q. handelsnaam daarin is verwerkt. Er is voor de klant geen mogelijkheid tot restitutie van vergoedingen. Wanneer de overeenkomst is beëindigd, is de klant gerechtigd om een nieuwe overeenkomst met een ISP aan te gaan. Het is dan aan de ISP om het aanbod te aanvaarden.

6 Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten

6.1 Beperking en uitsluiting van aansprakelijkheid

In de vorige hoofdstukken is een beeld geschetst van de totstandkoming, de inhoud en de beëindiging van ISP-overeenkomsten. Het doel van dit hoofdstuk is te onderzoeken welke omstandigheden een rol spelen bij de beoordeling van exoneratiebedingen in algemene voorwaarden van ISP-overeenkomsten en na te gaan in hoeverre een ISP gebruik kan maken van zijn contractsvrijheid om zijn aansprakelijkheid te beperken.

De opbouw van het hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 6.2 ga ik eerst in op aansprakelijkheid en functies van ISP's. Vervolgens wordt in paragraaf 6.3 ingegaan op exoneratiebedingen in ISP-overeenkomsten. Het hoofdstuk sluit ik in paragraaf 6.4 af met een conclusie.

6.2 Aansprakelijkheid en functies van ISP's

In deze paragraaf bespreek ik de aansprakelijkheidspositie van een ISP aan de hand van de vier onderscheiden functies: access, hosting, extra value en content.[1] Bij het verrichten van deze functies zal de aansprakelijkheidspositie van een ISP van geval tot geval anders zijn.[2] Er wordt, met behulp van de algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik, aangegeven waar de problemen kunnen liggen met betrekking tot aansprakelijkheid.[3]

In paragraaf 6.2.1 besteed ik eerst aandacht aan de Nederlandse wetgeving over aansprakelijkheid van ISP's. In paragraaf 6.2.2 komt de jurisprudentie over aansprakelijkheid van ISP's aan bod. Wanneer dat van belang is, bespreek ik ook buitenlandse wetgeving en jurisprudentie. In paragraaf 6.2.3 ga ik in op de *notice and take down* procedure. In paragraaf 6.2.4 geef ik mede aan de hand van de besproken wetgeving en jurisprudentie per functie een overzicht van de aansprakelijkheidspositie van een ISP.

---

1 Zie hoofdstuk 2 paragraaf 2.3 'Indeling functies en diensten ISP's'.
2 Zie Siemerink 2001 B, p. 19.
3 Zie hoofdstuk 1 paragraaf 1.3 'Algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik en ISP's'.

6.2.1 Wetgeving

6.2.1.1 Nota WES

De nota Wetgeving voor de elektronische snelweg (nota WES) van februari 1998 geeft een overzicht van de meeste belangrijke gevolgen van de elektronische snelweg voor de Nederlandse wetgeving.[4] Vragen betreffende privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen op internet richten zich vooral op de positie van de ISP.[5] Oorzaak hiervan is volgens de nota WES dat op internet veelal niet te achterhalen zal zijn welke persoon achter een onrechtmatige gedraging zit en op welke plaats deze persoon zich bevindt. De ISP is dan logischerwijs degene waarop de ogen zich richten, omdat deze wel bekend is. In de praktijk zal het bij aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van ISP's volgens de nota vooral gaan om belediging, racistische uitingen, (anderszins) onrechtmatige (pers)publicaties, inbreuken op persoonlijkheidsrechten, misleidende of (anderszins) onrechtmatige reclame uitingen, inbreuk op intellectuele eigendomsrechten of portretrecht, het verspreiden van bedrijfsgeheimen, vormen van oneerlijke concurrentie, niet naleving van het recht ter bescherming van persoonsgegevens (bijvoorbeeld de vergaring en opslag van persoonsgegevens zonder toereikende rechtvaardiging of het ontbreken van passende beveiliging) en dergelijke.[6] Het valt dan ook volgens de nota WES te verwachten dat vooral zuivere vermogensschade en immateriële schade zal worden geleden en dat het aantonen van causaal verband in voorkomende gevallen een probleem zal zijn. Dit zal een beperkende uitwerking hebben op de vestiging en omvang van de aansprakelijkheid. Een dergelijke belemmering zal ook uitgaan van het relativiteitsvereiste. Te denken valt aan het feit dat de zorgvuldigheidsnormen waaraan de ISP zich in het algemeen heeft te houden niet strekken tot bescherming van illegale gebruikers, maar wel tot bescherming van de schadelijdende partij.

Verschillende factoren hebben invloed op de aansprakelijkheidspositie van de ISP: de mate van betrokkenheid van de ISP bij de inhoud van de uiting, de mate waarin de ISP redelijkerwijs controle op en zeggenschap over de uiting kan uitoefenen, waarbij ook technische belemmeringen en mogelijkheden een rol kunnen spelen, de wijze waarop de ISP zich profileert tegenover het publiek of de klanten, daarbij kan worden gedacht aan bepaalde uitlatingen over aard, kwaliteit of betrouwbaarheid van de informatie. De onrechtmatigheidvraag zal zich volgens de nota WES toespitsen op de mate van zorg die van een ISP kan worden gevergd ten aanzien van enerzijds het ontdekken van onrechtmatig materiaal in de doorgegeven informatie en anderzijds het daadwerkelijk nemen

4 Nota Wetgeving voor de elektronische snelweg, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1-2 (nota WES).
5 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1-2, p. 65-68.
6 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1-2, p. 66.

van stappen daartegen. Bij dit laatste valt bijvoorbeeld te denken aan het weigeren van doorgifte van dergelijk materiaal of zelfs het eigenmachtig verwijderen daarvan. Hierbij zal de rechter uiteraard tevens aandacht besteden aan de maatschappelijke wenselijkheid van eventueel eigenmachtig optreden van ISP's in verband met algemeen maatschappelijke belangen, zoals in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting en het belang van een vrije pers.[7] Het algemene standpunt is dat ISP's aansprakelijk zijn voor de door hen verspreide strafbare informatie,[8] mits zij (afhankelijk van de delictsomschrijving) op de hoogte waren of redelijkerwijs konden zijn van de aard van die informatie.[9]

In bepaalde gevallen kan volgens de nota WES de plicht bestaan om, op straffe van aansprakelijkheid, anderen te waarschuwen voor een waargenomen gevaar of zelfs om de gevaarlijke situatie op te heffen, ook al is men niet zelf voor het ontstaan daarvan verantwoordelijk. Daarvoor is echter in het algemeen nodig dat de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen.[10] In een elektronische omgeving zal zich niet zo gauw gevaar voor lichamelijke veiligheid van personen voordoen, te denken valt aan via internet verkregen ondeugdelijke medische adviezen.

In de nota WES was men van mening dat het leerstuk van de onrechtmatige daad in beginsel geschikt is voor de elektronische omgeving: een specifieke privaatrechtelijke aansprakelijkheidsregeling voor tussenpersonen – zoals ISP's – werd niet overwogen.[11] Een dergelijke aansprakelijkheidsregeling is er echter wel gekomen.

6.2.1.2 Richtlijn en Aanpassingswet inzake elektronische handel

Op 17 juli 2000 is de Richtlijn inzake elektronische handel vastgesteld.[12] De bepalingen in de richtlijn met betrekking tot civielrechtelijke aansprakelijkheid van de ISP zijn in de Aanpassingswet inzake elektronische handel neergelegd in art. 6:196c BW.[13] In het eerste en tweede lid zijn een op art. 12 van de richtlijn gebaseerde vrijwaring van aansprakelijkheid voor mere conduit neergelegd.

---

7 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1-2, p. 67.

8 Duidelijk is dat degene die strafbaar materiaal via het internet aanbiedt een strafbaar feit begaat, zie HR 9 maart 1999, *NJ* 1999, 346 (Laster via internet).

9 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1-2, p. 78-80.

10 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1-2, p. 67.

11 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1-2, p. 6. *Kamerstukken II* 1998/99, 25 880, nr. 7, p. 5. Zie ook *Kamerstukken II* 2002/03, 25 880, nr. 14.

12 Zie ook hoofdstuk 2 paragraaf 2.2.2 'Richtlijn en Aanpassingswet inzake elektronische handel'. De overwegingen 40 tot en met 48 bij de Richtlijn inzake elektronische handel zijn gewijd aan de aansprakelijkheid van ISP's.

13 Zie ook het verslag van de Europese Commissie betreffende de stand van de implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel in de lidstaten, publicatie-nr. COM (2003) 702, Celex-nr. 503DC0702.

In het derde lid is een op art. 13 van de richtlijn gebaseerde vrijwaring van aansprakelijkheid voor caching neergelegd. Deze zijn met betrekking tot de aansprakelijkheidspositie van de ISP bij het uitoefenen van de functie access van belang. In het vierde lid is een op art. 14 van de richtlijn neergelegde vrijwaring van aansprakelijkheid voor hosting neergelegd. Deze is van toepassing op de functie hosting, met uitzondering van de dienst e-mail. De vrijstelling van aansprakelijkheid die de Aanpassingswet biedt, heeft uit de aard van de zaak alleen betrekking op de doorgifte of opslag strekkende tot openbare informatie-uitwisseling. Het moet gaan om informatie die voor het publiek toegankelijk is, bijvoorbeeld via websites en nieuwsgroepen.[14] Art. 6:196c lid 4 geldt dus niet voor de dienst e-mail. In het vijfde lid wordt uiteengezet dat de mogelijkheid onverlet wordt gelaten een rechterlijk verbod of bevel ten aanzien van de (potentieel) schadetoebrengende informatie te verkrijgen.[15] Voorwaarde is wel dat de ISP daartoe redelijkerwijs in staat is. Dat is het geval wanneer hij in een contractuele relatie staat met de persoon die verantwoordelijk is voor de inhoud van de schade toebrengende informatie. De Richtlijn en Aanpassingswet inzake elektronische handel zijn niet van toepassing op de functies content en extra value.

Caching dient niet te worden gezien als een activiteit van een ISP, het is niets anders dan een technische handeling. Een ISP installeert een proxy-server en zet deze aan. Mocht er een overeenkomst tot stand zijn gekomen tussen de bezoeker van de website en de houder van de website op grond van verouderde condities, omdat de ISP de informatie niet of niet tijdig had geschoond op zijn proxy-server, dan zal aan de hand van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad moeten worden beoordeeld of, en zo ja in hoeverre, hij daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld. De vrijwaring bij het bieden van access, die niet verder gaat dan het verrichten van caching, beschermt de ISP tegen aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van het tijdelijk opslaan van informatie om de latere doorgifte daarvan doeltreffender te maken als zodanig.[16] De ISP is onder voorwaarden gevrijwaard van aansprakelijkheid ten opzichte van de informatieverschaffer.[17] Voorzover het gaat om kortdurende technische opslag die er enkel toe strekt toegang tot een databestand te versnellen, is een gedetailleerde vrijwaringsregeling niet zinvol.

De vrijwaringen bij het verrichten van access, die uitsluitend is gericht op mere conduit respectievelijk hosting beschermen ISP's tegen aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van het onrechtmatige karakter van van een ander, klant dan wel derde (de informatieverschaffer), afkomstige informatie, met inbegrip van hyperlinks of interactieve verwijzingen. De ISP's zijn bij het verrichten van access, die uitsluitend is gericht op mere conduit respectievelijk

14 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 1-3, p. 25.
15 Zie overweging 47 Richtlijn inzake elektronische handel.
16 Zie hoofdstuk 2 paragraaf 2.3.2.1 'Access'.
17 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 1-3, p. 47.

hosting onder voorwaarden gevrijwaard van aansprakelijkheid ten opzichte van degene die ten gevolge van de onrechtmatige informatie schade heeft geleden. Van de ISP die de functie hosting uitoefent, wordt verwacht dat hij 'prompt handelt' om de onrechtmatige informatie van zijn systeem te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken zodra hij van die informatie kennis heeft.[18] Een ISP die van een klant afkomstige informatie opslaat (hosting), is doorgaans in staat adequaat op te treden tegen de bij hem opgeslagen informatie. Dit is anders bij de ISP die de functie access alleen gericht op mere conduit uitoefent, en er wel weet van heeft dat zijn systemen worden gebruikt voor het uitvoeren van onrechtmatige activiteiten, maar geen maatregelen lijkt te hoeven nemen om daaraan een einde te maken. De ratio voor de uitsluiting van de aansprakelijkheid bij mere conduit is dat hetgeen de ISP in dat geval doet een louter technisch, automatisch en passief karakter heeft. Dat veronderstelt dat hij kennis van, noch controle over de informatie heeft die wordt doorgegeven.[19] Het belang van wijdverbreide internettoegang heeft de wetgever hier vooropgesteld.

Er heerst onduidelijkheid over de vraag wat een ISP precies moet doen wanneer hij in kennis is gesteld van de openbaarmaking van onrechtmatige informatie via zijn systemen. Volgens art. 6:196c lid 4 BW kan de ISP ervoor kiezen de informatie te verwijderen dan wel de toegang daartoe onmogelijk te maken. Het verwijderen van informatie heeft verstrekkende consequenties vanwege het definitieve karakter ervan. Door de betreffende informatie te verwijderen brengt de ISP schade toe aan zijn klant, terwijl later alsnog kan komen vast te staan dat geen sprake is geweest van onrechtmatige informatie. Omdat de ISP ook aan de belangen van zijn klant moet denken – hij heeft met hem immers een contractuele relatie – zal hij er veelal verstandig aan doen hooguit de toegang tot de vermeende inbreukmakende informatie te blokkeren, totdat er definitief duidelijkheid is over de vraag of er wel of geen sprake is van onrechtmatige informatie.[20] In de praktijk zal vaak niet direct duidelijk zijn of er bijvoorbeeld wel of geen sprake is van een inbreukmakende handeling, zodat een ISP tussen twee kwaden dreigt te moeten kiezen. De ISP die de informatie niet ontoegankelijk maakt, riskeert aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad. De ISP die de informatie wel ontoegankelijk maakt, riskeert een vordering van zijn klant wegens wanprestatie.

---

18 Zie overweging 46 Richtlijn inzake elektronische handel: '[…] De verwijdering of het ontoegankelijk maken dient te geschieden met inachtneming van het beginsel van de vrijheid van meningsuiting en van daarvoor vastgestelde procedures op nationaal niveau. Deze Richtlijn mag geen afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de lidstaten om specifieke eisen te stellen waaraan onverwijld dient te worden voldaan eer er informatie wordt verwijderd of ontoegankelijk wordt gemaakt.'

19 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 1-3, p. 26.

20 De Richtlijn spreekt van 'onwettige' informatie of activiteiten, naar Nederlands recht is het logischer om van 'onrechtmatige' te spreken. Zie ook Schellekens 2001, p. 216.

De Richtlijn inzake elektronische handel hanteert het begrip 'daadwerkelijk kennis heeft', de Aanpassingswet inzake elektronische handel spreekt van 'zodra hij weet, of redelijkerwijs behoort te weten'. Deze termen zijn geobjectiveerd, 'met zekerheid kennis hebben van' is immers moeilijk aantoonbaar. Indien een ISP weet, dan wel redelijkerwijs behoort te weten van onrechtmatige activiteiten of informatie op internet of besef krijgt van feiten of omstandigheden waaruit het onrechtmatige karakter van de informatie duidelijk blijkt, is de ISP volgens art. 6:196c lid 4 BW aansprakelijk wanneer hij de informatie niet verwijdert. Het element wetenschap speelt dus een doorslaggevende rol. De wet zwijgt zowel over de wijze waarop een ISP wetenschap kan krijgen van bepaalde informatie, als over de wijze waarop een ISP wetenschap kan krijgen van de onrechtmatigheid daarvan. De MvT zegt hier het volgende over:[21]

> 'Hij weet het wanneer hij daarop wordt geattendeerd, een enkele kennisgeving van een derde is daartoe niet voldoende. Aan de juistheid van de kennisgeving behoort in redelijkheid niet te kunnen worden getwijfeld.'

Uit de MvT blijkt dat in redelijkheid niet behoort te kunnen worden getwijfeld, wanneer de kennisgeving afkomstig blijkt van (een derde met een machtiging van) een rechter of de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is. Een zekere onderzoeksplicht kan wel bestaan in bijzondere gevallen, waarin de ISP een gegronde reden heeft te twijfelen aan de rechtmatigheid van de bij hem opgeslagen informatie in verband met de gerechtvaardigde belangen van derden.[22]

De Richtlijn en Aanpassingswet bieden een ISP niet voldoende houvast.[23] Op het moment dat ISP's geen aanspraak kunnen maken op een vrijwaring uit de Aanpassingswet inzake elektronische handel staat daarmee nog niet vast dat ze ook aansprakelijk zijn en in de toekomst kan de technische achtergrond waartegen deze regeling tot stand is gekomen in die mate zijn veranderd dat deze regeling niet meer tot tevredenstellende uitkomsten leidt. Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is wat dit betreft meer open. De vraag of, en zo ja in hoeverre, een ISP aansprakelijk kan worden gesteld, moet worden beantwoord aan de hand van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad wanneer een ISP geen aanspraak kan maken op een vrijwaring van aansprakelijkheid zoals neergelegd in art. 6:196c BW. De vraag welke mate

---

21 Relevante pagina's MvT Aanpassingswet inzake elektronische handel: p. 25-28 en 46-51.

22 Zie art. 15 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel en overweging 48 Richtlijn inzake elektronische handel.

23 Zie Hijmans 2000: 'De reikwijdte van de Richtlijn is beperkt. Zij ziet niet op alle internetverkeer, doch slechts op elektronische handel, die ook nog binnen de Europese Unie moet plaatsvinden. De Richtlijn geeft geen antwoord op alle relevante vragen, maar sluit alleen aansprakelijkheid uit in enkele zeer specifieke situaties. De interpretatie van de bepalingen is niet steeds duidelijk.' Zie ook Freytag 2000, Julia-Barcelo & Koelman 2000, Van der Net 2002 en Siemerink 2003 A en B.

van zorg in de gegeven omstandigheden van de ISP kan worden gevergd ten aanzien van de belangen van derden staat daarbij centraal. In het algemeen wordt aangenomen dat de mate van zorg die in het maatschappelijke verkeer bij het verrichten van een bepaalde activiteit betaamt, in het bijzonder afhankelijk is van: de aard en de omvang van de schade die als gevolg van de activiteit kan worden verwacht, de mate van waarschijnlijkheid dat deze schade zal optreden, de aard en het maatschappelijke nut van de activiteit en de mate van bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.[24] Het feit dat een ISP een belangrijke functie vervult in de publieke informatievoorziening (beschikbaarheid) zal in de meeste gevallen behoren tot de relevante omstandigheden van het geval.

In art. 54a SR wordt gevolg gegeven aan de artt. 12 tot en met 14 Richtlijn inzake elektronische handel voor wat betreft de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een ISP.[25] De ratio van art. 54a SR is de vrijheid van meningsuiting in een digitale omgeving zo veel mogelijk te ondersteunen door de neiging tot preventieve censuur weg te nemen.[26] De ISP kan zonder angst voor een strafrechtelijke vervolging van een ander afkomstige gegevens doorgeven of al dan niet tijdelijk opslaan. Zelfs al heeft hij kennis van het strafbare karakter van de gegevens. Wanneer hij echter een bevel krijgt van de officier van justitie, na machtiging van de rechter commissaris, om de gegevens ontoegankelijk te maken, moet hij daaraan gehoor geven. Eerst wanneer daaraan niet wordt voldaan, is er ruimte om hem strafrechtelijk ter verantwoording te roepen. Onder ontoegankelijk maken van gegevens in art. 54a SR wordt verstaan het treffen van maatregelen ter voorkoming dat de beheerder van dat geautomatiseerde werk of derden verder van die gegevens kennisnemen of gebruikmaken, evenals ter voorkoming van de verdere verspreiding van die gegevens. Onder de maatregelen om de van een ander afkomstige gegevens ontoegankelijk te maken, kan in dit verband ook het verwijderen van de gegevens worden begrepen, zij het met behoud van een kopie ten behoeve van de strafvordering. Het ontoegankelijk maken van de gegevens moet redelijkerwijs kunnen worden

24 Zie van Dam 1989.

25 In het wetsvoorstel wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Telecommunicatiewet in verband met de nieuwe ontwikkelingen in de informatietechnologie (Computercriminaliteit II) was een van de uitgever afgeleide vervolgingsuitsluitingsgrond en sui generis strafbaarstelling voor tussenpersonen neergelegd, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 671 nr. 1-3. Nadat dit wetsvoorstel was ingediend, kwam de Europese Commissie met het voorstel voor een Richtlijn inzake elektronische handel, waarin bepalingen over de aansprakelijkheid van tussenpersonen waren opgenomen die tevens van toepassing waren op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van tussenpersonen. In verband hiermee heeft de Nederlandse regering besloten om het oorspronkelijke voorstel voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van tussenpersonen in het wetsvoorstel Computercriminaliteit II terug te trekken. Over dit wetsvoorstel zie Harteveld & Van der Neut 1996, Schuijt 1998 en Van der Net 2000, p. 83-132.

26 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 1-3, p. 62.

gevergd. De verlangde maatregelen moeten daarom in overeenstemming zijn met de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit.

In dit hoofdstuk redeneer ik vanuit de bestaande regelgeving en is daarom geen aandacht besteed aan de fase die vooraf ging aan de totstandkoming van de Richtlijn inzake elektronische handel. Ik signaleer de problemen die ISP's momenteel hebben op basis van de huidige regelgeving. De problemen doen zich voornamelijk voor bij de functie hosting. Wat betreft de functie access, waaronder ik mere conduit en caching schaar, is aansprakelijkheid in de richtlijn voldoende geregeld. Dat er frictie is tussen het aansprakelijkheidsregime en de vraag of al dan niet persoonsgegevens dienen te worden verstrekt zal blijken in de volgende paragraaf. Tevens zal verderop blijken dat een wettelijke notice and take down procedure wenselijk is omdat de aansprakelijkheidsregeling zoals die er nu is niet voldoet wat betreft hosting. Bij hosting is er nog veel onduidelijkheid en dat leidt tot rechtsonzekerheid. Mijns inziens was het wenselijker geweest dat we nooit een richtlijn hadden gehad, althans niet voorzover het de aansprakelijkheid van de ISP betreft, maar dat de aansprakelijkheid was uitgekristalliseerd (jurisprudentie) vanuit de open norm in art. 6:162 BW. Dat is ook het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever geweest in de nota WES. De Richtlijn inzake elektronische handel is er vervolgens gekomen en deze moest worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet. In zoverre is het goed dat er op deze manier transparantie is in de EU-landen. De Richtlijn inzake elektronische handel is inmiddels verouderd. De richtlijn geeft bijvoorbeeld geen antwoord op vragen die nieuwe technische ontwikkelingen opwerpen, bijvoorbeeld op het gebied van P2P. De rechtspraak kan echter redelijk overweg met de aansprakelijkheidsvraagstukken met betrekking tot nieuwe diensten, nadere wetgeving is in zoverre niet nodig en zou bovendien te ingewikkeld worden.

6.2.2 Jurisprudentie

6.2.2.1 Informatie

De aansprakelijkheidspositie van een ISP bij het uitoefenen van de functie hosting staat centraal in de zaken Scientology/XS4ALL,[27] Belgacom Skynet/

27 HR 16 december 2005, *NJ* 2006, 9, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT2056 (Scientology/XS4ALL). Door intrekking van het beroep in cassatie door Scientology konden de bezwaren van Scientology tegen het arrest van het hof niet meer worden onderzocht. De Hoge Raad heeft het beroep van Scientology daarom verworpen. Dit betekent dat de beslissingen van het hof in stand zijn gebleven en onherroepelijk zijn geworden. Ik wijs hier nog wel op de Conclusie van A-G Verkade onder 8 waar hij ingaat op de positie van de ISP. Zie ook Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *Rechtspraak.nl*, LJN: AI5638; *Mediaforum* 2003/10, p. 337-342, m.nt. D.J.G. Visser; tevens in *Computerrecht* 2003/6, p. 350-358, m.nt. K.J. Koelman. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, *Rechtspraak.nl*, LJN: AA1039; *IER* 1999/5, p. 206-207, m.nt. M.

IFPI[28] en XS4ALL/Deutsche Bahn,[29] waar het ging om vorderingen tot verwijdering of het ontoegankelijk maken van informatie. Het hof heeft in de Scientology/XS4ALL zaak geoordeeld dat internetgebruiker Spaink geen auteursrechtinbreuk pleegt zodat de positie van de ISP niet meer interessant is.[30] Toch kan uit de in lagere instantie gewezen Scientology-uitspraak van de rechtbank het een en ander worden opgemaakt betreffende de aansprakelijkheidspositie van een ISP. Zowel in de Richtlijn en Aanpassingswet inzake elektronische handel als in onderhavige uitspraak gaat het om de vraag naar de onrechtmatigheid van het doen of nalaten en niet om de vraag naar aansprakelijkheid voor schade. Volgens art. 6:196c lid 4 BW kan de ISP ervoor kiezen de informatie te verwijderen dan wel de toegang daartoe onmogelijk te maken. De Haagse Rechtbank ging op dit punt verder en was van mening dat de ISP de inbreukmakende informatie dient te verwijderen. De ISP die er van in kennis wordt gesteld dat een klant op diens homepage auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, handelt zelf onrechtmatig indien hij niet ingrijpt en wordt (mede) aansprakelijk. In het vonnis van de rechtbank werd de beoordeling van de onrechtmatigheid van informatie in eerste instantie overgelaten aan de ISP. Geconfronteerd met een kennisgeving loopt een ISP aansprakelijkheidsrisico van een onjuiste beoordeling. Het probleem wanneer een ISP wetenschap van bepaalde beweerdelijk onrechtmatige informatie heeft is in de literatuur uitgebreid bestudeerd.[31] In het Scientology-vonnis van de rechtbank werd bepaald dat de ISP door de rechthebbende in kennis dient te worden gesteld van de informatie waarvan de onrechtmatigheid wordt beweerd. Dit biedt meer duidelijkheid dan de Richtlijn en Aanpassingswet inzake elektronische handel doen. Op welke manier, met welke precisie en met overlegging van welke informatie de ISP in kennis moet worden gesteld, is in het Scientology-vonnis niet bepaald, waardoor het bewijs van wetenschap van beweerdelijk onrechtmatige informatie onverminderd lastig is.

Vermeer; in zelfde blad is het vonnis zonder een noot, integraal opgenomen op p. 237-241; tevens in *Informatierecht/AMI* 1999/7, p. 110-115, m.nt. K.J. Koelman, *Mediaforum* 1999-7/8, p. 205-209, m.nt. D.J.G. Visser en in *Computerrecht* 1999/4, p. 200-205, m.nt. P.B. Hugenholtz en KG Pres. Rb. 's-Gravenhage 12 maart 1996, rolnr. 96/160, *A&V* 1996/5, p. 105-110, m.nt. Chr. H. van Dijk; tevens in *Informatierecht/AMI* 1996/5, p. 96 en *Computerrecht* 1996, p. 73-77, m.nt. D.W.F. Verkade.

28 Hof Brussel 13 februari 2001, *Mediaforum* 2001/5, p. 168-173, m.nt. K.J. Koelman, tevens in *Computerrecht* 2001/3, p. 144-150, m.nt. S. Cattoor en T. Heremans; Rb. Brussel 2 november 1999, *Computerrecht* 2000/1, p. 36-38, (Belgacom Skynet/IFPI).

29 Hof Amsterdam 7 november 2002, rolnr. 762/02 SKG, *Mediaforum* 2003/1, p. 38-41, m.nt. A.H. Ekker, *JAVI* 2003/2, p. 69-70, m.nt. K.P. Evelein, *Computerrecht* 2003/1, p. 72-76, m.nt. L.F. Asscher; Vzr. Rb. Amsterdam 25 april 2002, KG 02/790 OdC, *Computerrecht* 2002/5, p. 309-311, 313-315, m.nt. L.F. Asscher, (XS4ALL/Deutsche Bahn).

30 Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *Rechtspraak.nl*, LJN: AI5638, r.o. 12.

31 Zie bijvoorbeeld: Visser 1996, Kaspersen 1996 en 1998, de Roos & Wissink 1996, Koelman 1998, Drion 1998, Hugenholtz 1998 en Oosterveen 1999.

Belgacom Skynet/IFPI is een Belgische zaak, waarin het begrip 'kennisgeving' zoals deze het eerst is verwoord in de Scientology/XS4ALL zaak en nadien ook in de Richtlijn inzake elektronische handel, verder is uitgewerkt tot een berichtgeving met procedurele en inhoudelijke vereisten. Met de vereisten voor een berichtgeving zoals neergelegd in het vonnis in hoger beroep Belgacom Skynet/IFPI is het wetenschapselement geobjectiveerd. De ISP die een bericht ontvangt van iemand die beweert inbreukschade te hebben geleden, die aan de gestelde vereisten voldoet, mag in staat worden geacht de bedoelde informatie te vinden en te kennen. De vraag wanneer een ISP wetenschap heeft van bepaalde beweerdelijk onrechtmatige informatie lijkt hiermee (in België) opgelost. De onrechtmatigheid van de informatie dient de ISP nog wel zelf te beoordelen. Het bericht dient uitdrukkelijk elementen te bevatten die prima facie voor een redelijk ISP aannemelijk maken dat de bestanden illegaal zijn. De ISP werd in de Belgische zaak verder gevrijwaard van aansprakelijkheid, wanneer deze na een bericht (achteraf als rechtmatig beoordeelde) informatie verwijderde, maar de ISP werd niet gevrijwaard van aansprakelijkheid wanneer deze (achteraf als onrechtmatig beoordeelde) informatie liet staan. Het is onbegrijpelijk hoe het hof tot deze regeling heeft kunnen komen. Een risicomijdende ISP zal alle beweerdelijk onrechtmatige informatie als 'onrechtmatig' beoordelen en blokkeren of verwijderen, zeker nu de ISP zelf (in plaats van de beweerde inbreukmaker) het bewijs moet leveren dat de informatie rechtmatig zou zijn. Gedurende een gerechtelijke procedure waarin de werkelijke onrechtmatigheid van de informatie moet worden vastgesteld, zal de informatie daardoor in de regel ontoegankelijk zijn. Langdurige ontoegankelijkheid van de informatie, voordat een rechter over die informatie heeft geoordeeld, kan in strijd zijn met de vrije meningsuiting. De toegankelijkheid van beweerdelijk onrechtmatige informatie gedurende een gerechtelijke procedure is een probleem. Hier heeft het hof in deze zaak onvoldoende bij stil gestaan.

Ook de XS4ALL/Deutsche Bahn zaak heeft betrekking op de functie hosting, maar hier ging het niet om informatie die op auteursrecht inbreuk maakt, maar om onmiskenbaar onrechtmatige informatie. In het onderhavige geval wist of behoorde XS4ALL naar het oordeel van het hof redelijkerwijze te weten dat de informatie op de bewuste pagina's onrechtmatig was en niet valt in te zien dat daaraan in redelijkheid kon worden getwijfeld. Evenmin valt in te zien welke nadere informatie Deutsche Bahn dienaangaande nog aan XS4ALL diende te verschaffen. Onder die omstandigheden diende XS4ALL de informatie prompt van de websites te verwijderen dan wel de toegang daartoe onmogelijk te maken. De feiten waaruit een ISP dient op te maken dat de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is, worden door het hof echter niet duidelijk weergegeven.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of de ISP onrechtmatig handelt door te weigeren de informatie ontoegankelijk te maken. Er was geen grond voor de wens van XS4ALL dat Deutsche Bahn eerst een schriftelijke vrijwaring aan

XS4ALL diende te geven tegen eventuele vorderingen van de klant, voordat XS4ALL tot blokkering van de websites zou overgaan. Weliswaar is juist dat XS4ALL ook tegenover haar contractuele wederpartij zorgvuldig dient te handelen en dat zij daardoor in een positie kan verkeren die door haar wordt aangeduid als een 'spagaat', maar daarbij dient te worden bedacht dat zij gelet op haar verantwoordelijkheid als ISP niet zonder meer aansprakelijk is jegens haar klant indien zij de toegang tot een website blokkeert wanneer daarin onmiskenbaar onrechtmatige informatie is opgenomen. Bovendien kan in algemene voorwaarden worden bepaald dat een klant niet gerechtigd is informatie op een website te vermelden die onrechtmatig is tegenover derden en/of kan de bevoegdheid tot blokkering van dergelijke websites worden geregeld (voorzover een en ander al niet door XS4ALL is gedaan).[32] Aangezien het hier volgens het hof onmiskenbaar onrechtmatige informatie betrof, handelt een ISP onrechtmatig door de informatie niet ontoegankelijk te maken. De ISP wordt zodoende gedwongen een inhoudelijk oordeel te geven over informatie waartoe een klacht wordt ingediend. Dit is niet wenselijk. XS4ALL heeft betoogd dat zij wekelijks tientallen kennisgevingen ontvangt waarin wordt verwezen naar beweerdelijk onrechtmatige informatie op websites van haar, en dat veelal niet zonder meer op grond van die kennisgevingen en de inhoud van de bewuste website kan worden geconcludeerd dat de informatie inderdaad onrechtmatig is. Het hof wil zonder meer aannemen dat zich inderdaad regelmatig dergelijke situaties voordoen, bijvoorbeeld bij informatie die beweerdelijk beledigend is of die beweerdelijk inbreuk maakt op een auteursrecht. In dergelijke gevallen hoeft XS4ALL niet direct over te gaan tot het verwijderen van de informatie of het blokkeren van de toegang daartoe, maar dient zij nadere informatie te vragen van degene die de kennisgeving doet en van de houder van de website.[33] Zolang op grond van de kennisgeving en de informatie op de website niet duidelijk is of sprake is van onrechtmatige informatie, mag XS4ALL bij de kennisgever en de website-houder om nadere informatie vragen. XS4ALL lijkt vrijuit te gaan, indien op grond van de door de kennisgever en door de website-houder geleverde nadere informatie over de website-content nog steeds niet onomstotelijk vaststaat dat de informatie op de website onrechtmatig is.

---

32 Uit het praktijkonderzoek van de algemene voorwaarden van de verschillende ISP's is gebleken dat ISP's in hun algemene voorwaarden aangeven dat een klant geen onrechtmatige informatie op zijn website mag vermelden. Daarnaast hebben de meeste ISP's een bevoegdheid tot blokkering dan wel verwijdering van onrechtmatige informatie geregeld in hun algemene voorwaarden. Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel H. Verplichtingen van de klant, onderdeel L. Diensten en beheer en onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.

33 XS4ALL heeft hiertoe een questionnaire opgesteld die door een kennisgever dient te worden ingevuld. Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel M. Klachtenregeling en helpdesk.

Als een ISP weet dat enkele op zijn website geplaatste hyperlinks leiden naar documenten die naar het oordeel van de rechter onrechtmatig zijn, handelt hij onrechtmatig door geen maatregelen te treffen om verspreiding van de onrechtmatige informatie te staken, is het standpunt dat kan worden opgemaakt uit de Indymedia-zaak.[34] Er mag niet opzettelijk worden gelinkt naar onmiskenbaar onrechtmatig materiaal. Een hyperlink naar rechtmatig materiaal is in beginsel toegestaan, ook als een rechthebbende dat niet wil, tenzij het misleidend gebeurt.[35] De beoordeling van de rechtmatigheid van een hyperlink naar onrechtmatig materiaal is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en de kennis van de onrechtmatigheid, de wijze van hyperlinken, de context van de hyperlink en de motieven van de hyperlinker. De aansprakelijkheid van de ISP voor een hyperlink kan pas worden beoordeeld als de onrechtmatigheid van de informatie die toegankelijk is via de hyperlink is vastgesteld.[36] Indien die informatie onrechtmatig is, maakt dat de pagina van de klant onrechtmatig en zijn de regels voor hosting-aansprakelijkheid van toepassing.[37] In de Brein/Techno Design zaak betrof het onrechtmatig handelen van Techno Design door te bevorderen dat auteurs- en nabuurrechtelijke inbreuken plaatshebben door het aanleggen en ter beschikking stellen van (deep)links naar ongeautoriseerde muziekbestanden.[38] Techno Design is echter geen ISP maar de exploitant van de website zoekmp3.nl en een aantal soortgelijke aan zoekmp3.nl verwante sites. Techno Design faciliteert met haar website het zoeken van MP3-muziekbestanden op het WWW. Zij levert na ontvangst van een zoekopdracht van een bezoeker van haar website hyperlinks/deeplinks naar het door hem of haar gewenste MP3-muziekbestand op het WWW. Als haar bezoeker die link aanklikt, maakt zijn computer contact met de server waarop het gevonden bestand staat en wordt het bestand direct gedownload naar de computer van de bezoeker. Techno Design is in beginsel vrij om haar eigen zoekmachine te exploiteren en daarmee winst te behalen, ook als dit een zoekmachine is gericht op MP3-bestanden. Aangezien Techno Design wist dat haar zoekmachine systematisch en structureel zou verwijzen naar ongeautoriseerde openbaarmakingen van auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde MP3-muziekbestanden dient zij (deep)links naar ongeautoriseerde muziekbestanden van al haar sites te verwijderen.

---

34 Vrz. Rb. Amsterdam 20 juni 2002, KG 02/1073 OdC, *Computerrecht* 2002/5, p. 311-315, m.nt. L.F. Asscher (Deutsche Bahn/Indymedia).

35 Bijvoorbeeld misleidend *framen*, *inline link*.

36 Zie ook Julia-Barcelo 1998, p. 454.

37 Art. 6:196c lid 4 BW. Zie ook Chavannes 2003. Anders A-G Verkade onder 8.32 in zijn conclusie voor HR 16 december 2005, *NJ* 2006, 9, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT2056 (Scientology/XS4ALL).

38 Hof Amsterdam 15 juni 2006, *Rechtspraak.nl*, LJN: AX7579 (Brein/Techno Design).

6.2.2.2 Persoonsgegevens

Een internetgebruiker zal lang niet altijd zijn persoonsgegevens online vermelden. Wanneer de ISP die gegevens vervolgens evenmin verstrekt, is het voor de schadelijdende partij onmogelijk om zijn schade te verhalen op de internetgebruiker en/of hem de beweerdelijk onrechtmatige informatie te doen verwijderen. In de Teleatlas/Planet Internet zaak gaat het om het verschaffen van persoonsgegevens door de ISP aan een auteursrechthebbende.[39] De rechter wijst de vordering af omdat Teleatlas onvoldoende pogingen heeft ondernomen om de adressen op andere wijze te verkrijgen. De gevraagde voorziening kan alleen worden toegewezen als met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat dat de bodemrechter eveneens zal beslissen dat Planet de gevraagde persoonsgegevens dient te verschaffen.

Het is de vraag of in de zaak XS4ALL/Deutsche Bahn het risico van verspreiding van de onrechtmatige informatie het verschaffen van persoonsgegevens rechtvaardigt nu de betreffende informatie al wordt geblokkeerd. Het hof gaat helaas niet in op de vraag of Deutsche Bahn in dit geval een aantoonbaar belang heeft om de betreffende website-houder ook zelf in rechte te kunnen aanspreken. Het bekendmaken van persoonsgegevens speelde ook in het Scientology/XS4ALL vonnis van de rechtbank een rol waar de ISP werd bevolen om na een verzoek daartoe van eiser deze te informeren over de namen van derden die inbreukmakende documenten via hun computersysteem hebben openbaar gemaakt en/of verveelvoudigd.[40] Met Ekker ben ik van mening dat een vordering tot onthulling van identiteit afzonderlijk dient te worden beoordeeld van een vordering tot verwijdering of ontoegankelijk maken van informatie.[41] In Amerika kan een procedure worden aangespannen tegen een anonieme persoon, waarbij de ISP als derde partij in het geding wordt betrokken om de anonieme persoon op de hoogte te stellen van de poging om zijn identiteit te onthullen. Met behulp van zijn ISP kan de anonieme gedaagde vervolgens door de rechter in de gelegenheid worden gesteld om zich te verweren.[42] Een dergelijke benadering is naar Nederlands recht niet wenselijk. Het uitbrengen van een dagvaarding aan een anonieme persoon moet in sommige hoogst uitzonderlijke situaties als onvermijdelijk worden geaccepteerd.[43] Het behoort echter niet te worden gebruikt in gevallen waarin partijen voor de anonimiteit willen kiezen omdat zij ertegen bezwaar hebben, dat ons burgerlijk proces open en openbaar is. Voor een afwijking van de wet zie ik in dit verband dan ook geen reden.

---

39 Vzr. Rb. Utrecht 9 juli 2002, KG ZA 02-563, *Computerrecht* 2002/5, p. 296-299, m.nt. W.A.M. Steenbruggen, *JAVI* 2002/2, p. 67-69, m.nt. W. Pors, (Teleatlas/Planet Internet).

40 Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, *Rechtspraak.nl*, LJN: AA1039.

41 Ekker 2002, p. 349.

42 Zie United States Court of Appeals, 4 januari 2005, no. 03-3802 (RIAA/Charter Communications Inc.).

43 Zie art. 61 RV.

In de Rutloh/Concept ICT zaak gaat het om het verschaffen van persoonsgegevens door een ISP aan een persoon die door een klant van de ISP wordt beledigd.[44] Het hof stelt voorop dat er geen algemene rechtsregel bestaat op grond waarvan Concept ICT zo spoedig mogelijk nadat hij kennis heeft gekregen van onrechtmatige handelingen als de onderhavige, verplicht is mee te werken aan het ter beschikking stellen van gegevens die nodig zijn om vast te stellen wie voor die handelingen aansprakelijk is. Nagegaan moet worden of Concept ICT daartoe toch onder de gegeven omstandigheden verplicht is. Concept ICT heeft, daarop geattendeerd door Rutloh, inmiddels de access-account van de bewuste klant afgesloten. Niet gebleken is dat nadien soortgelijke e-mail-berichten via Concept ICT zijn verzonden. Van andere e-mail-berichten waarin de naam van Rutloh onrechtmatig als afzender wordt gebruikt en die de goede naam van Rutloh aantasten is niet gebleken. Het hof is voorshands van oordeel dat de maatschappelijke zorgvuldigheid niet meebrengt dat Concept ICT zal meewerken aan verdergaande acties dan hij gedaan heeft, in het bijzonder dat hij de persoonsgegevens van de gebruiker aan Rutloh bekendmaakt. Concept ICT heeft er immers zijnerzijds in het algemeen belang bij dat hij zo min mogelijk wordt belast met het opvragen door derden van persoonsgegevens van zijn klanten en het doorgeven daarvan aan die derden mede gelet op het feit dat hij zich – zoals hij onbetwist heeft gesteld – in zijn algemene voorwaarden tegenover de klant verplicht om vertrouwelijke informatie zoveel mogelijk te beveiligen.[45]

In de principiële zaak Lycos/Pessers gaat het om het verschaffen van persoonsgegevens door de ISP aan een derde (Pessers) die door een klant van de ISP op diens website in een kwaad daglicht wordt gesteld.[46] Pessers was van mening dat de betreffende klant onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. De rechtbank oordeelde dat Lycos verplicht was de gevraagde gegevens te verstrekken. Lycos gaf vervolgens de persoonsgegevens aan Pessers, maar deze bleken vals te zijn.[47] Daarna heeft Lycos doorgeprocedeerd om een principe-uitspraak te krijgen. Het hof is van oordeel dat er weliswaar geen

---

44 Hof Den Bosch 25 juli 2002, KG 2002, 259, in *JAVI* 2004/1, p. 29-31, m.nt. D.Bosscher (Rutloh/Concept ICT). Zie ook noot A.H. Ekker bij Hof Amsterdam 7 november 2002, rolnr. 762/02 SKG, *Mediaforum* 2003/1, p. 38-41, (XS4ALL/Deutsche Bahn).

45 De meeste van de onderzochte ISP's hebben een privacybepaling in hun algemene voorwaarden opgenomen. Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel K. Privacy.

46 HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 133, *Rechtspraak.nl*, LJN: AU4019, tevens in *Mediaforum* 2006/1, p. 17-21, m.nt. A. Ekker, zie ook J.J.C. Kabel, Commentaar op Lycos/Pessers, *Computerrecht* 2006/1, p. 1-3 (Lycos/Pessers). Zie ook Hof Amsterdam 24 juni 2004, rolnr. 1689/03 en Rb. Haarlem 11 september 2003, *Rechtspraak.nl*, LJN: AL1882; *Computerrecht* 2003/6, p. 363-367, m.nt. A. Ekker; tevens in *Mediaforum* 2003/11/12, p. 378-381, m.nt. R.D. Chavannes; en in *JAVI* 2004/1, p. 29-31, m.nt. D. Bosscher.

47 Lycos begon daarna een kort geding tegen Pessers waarin centraal stond of de ISP ook op andere manieren moet proberen het juiste adres te achterhalen. Hier ging de rechter niet in mee. Een ISP hoeft alleen die gegevens over te dragen die hem bekend zijn. Rb. Haarlem, 1 april 2004, *Rechtspraak.nl*, LJN: AO7187 (Lycos II/Pessers).

sprake was van onmiskenbaar onrechtmatig handelen door de klant, maar dat Lycos toch verplicht was de gevraagde gegevens te verstrekken. De Hoge Raad sluit zich bij dit oordeel aan. De reden daarvoor is dat Pessers het voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de website onrechtmatig zou kunnen zijn. Lycos handelt vervolgens onrechtmatig wanneer zij de gegevens niet overdraagt. Het is juist dat een ISP er recht en belang bij heeft om zo min mogelijk te worden belast met het opvragen door derden van persoonsgegevens, doch een en ander neemt niet weg dat een ISP niettemin op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, gehouden kan zijn zijn medewerking te verlenen als hij ervan in kennis wordt gesteld dat één van de gebruikers van zijn computersysteem door middel van diens homepage onrechtmatig handelt.[48] Van een dergelijke situatie zal sprake zijn, als er een belang is dat verstrekking van persoonsgegevens rechtvaardigt en de ernst van de inbreuk zodanig is dat opheffing van de anonimiteit daarmee in de rede ligt, terwijl het doel dat met de verstrekking wordt nagestreefd niet langs andere, minder ingrijpende weg – zonder opheffing van anonimiteit – kan worden bereikt en bovendien de verstrekking in de mate die is beoogd evenredig is aan het nagestreefde doel.

De Hoge Raad heeft echter geen algemene regel vastgesteld, maar enkel geoordeeld op grond van dit specifieke geval.[49] ISP's zullen elk geval op zijn eigen verdiensten moeten beoordelen en een belangenafweging moeten maken. Daarbij geraken zij wederom in een spagaatpositie. Een ISP heeft een vertrouwensrelatie met zijn klanten. Wanneer een ISP gegevens afstaat en later blijkt dat dit ten onrechte is gedaan, dan kan de klant zijn ISP aansprakelijk stellen. Het gevolg van de uitspraak zou echter toch kunnen zijn dat ISP's sneller zullen overgaan tot het verstrekken van persoonsgegevens van klanten aan derden die stellen schade te ondervinden van beweringen op internet.[50] Daarmee leidt de uitspraak tot beperking van anonieme meningsuiting. Daarnaast zou er ook misbruik kunnen worden gemaakt omdat het eenvoudig wordt om onder valse voorwendselen gegevens op te vragen. Wanneer de website onrechtmatig zou kunnen zijn, moet de ISP de identiteit van zijn klant prijsgeven aan de benadeelde partij. Het is daarbij mogelijk dat de website niet onmiskenbaar onrechtmatig is en dus voorlopig online mag blijven. In een procedure kan de benadeelde partij dan bijvoorbeeld een schadevergoeding van de klant eisen, en uiteindelijk ook verwijdering van de website. Het is ook mogelijk dat de informatie in bepaalde gevallen online mag blijven op grond van de vrijheid van meningsuiting[51] terwijl toch de rechter van oordeel is dat persoonsgegevens moeten worden verschaft.

---

48 Zie ook Vrz. Rb. Utrecht, 12 juli 2005, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT9073.
49 HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 133, *Rechtspraak.nl*, LJN: AU4019, r.o. 5.2.
50 Zie Wisman 2004.
51 Zie HR 16 december 2005, *NJ* 2006, 9, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT2056 (Scientology/XS4ALL).

Verstrekking van persoonsgegevens valt onder art. 8 WBP, waarbij vooral sub a en f in dergelijke zaken een rol spelen. Op grond van sub a is verstrekking van persoonsgegevens toegestaan op grond van ondubbelzinnige toestemming van de klant. Met een enkele opname van een toestemmings- c.q. instemmingsbepaling in de algemene voorwaarden kan ondanks artt. 6:232 en 6:233 lid 1 BW, de WBP niet opzij worden gezet.[52] Art. 8 sub f WBP geeft aan wanneer de ISP gegevens zou mogen verstrekken als hij dat zou willen, maar zegt niets over de vraag of hij tegenover een derde onrechtmatig handelt als hij dat weigert. Een ISP bevindt zich bij dit soort geschillen altijd tussen twee vuren. Aan de ene kant is er een contractuele relatie met de klant, ten opzichte van wie de ISP zich heeft verbonden om bepaalde diensten te leveren. Aan de andere kant is er de derde die stelt dat door tussenkomst van de ISP door diens klant inbreuk wordt gemaakt op zijn rechten. Weigert de ISP om op de eisen van de derde in te gaan, dan handelt hij onder omstandigheden zelfs onrechtmatig ten opzichte van die derde. Gaat de ISP wel op de eisen in en neemt hij maatregelen die de belangen van zijn klant raken, dan schiet hij mogelijk tekort in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen ten opzichte van de klant. Het bekend maken van de identiteit van een klant mag daarom niet tot een onaanvaardbare belasting voor de ISP's leiden en moet alleen gebeuren als er een duidelijke noodzaak is en de ISP gevrijwaard is.

In een zaak van 8 november 2000 van het Hof Den Bosch ging het om kinderporno. De kern van deze kinderpornozaak is gelegen in de vraag wanneer een ISP persoonsgegevens aan justitie mag c.q. moet verschaffen.[53] Uit de bewijsmiddelen blijkt, dat zogenoemde nieuwsgroepensurveillance[54] door de politie op internet in verband met de aanwezigheid daarop van kinderporno geleid heeft tot het aantreffen van dergelijke afbeeldingen bij een aantal accounts, waaronder de account die in het dossier 'zaak 10' wordt genoemd. Door de officier van justitie is vervolgens aan de betreffende ISP door middel van een standaard aanvraagformulier verzocht gegevens omtrent de naam, adres en de woonplaats (NAW-gegevens) van de accounthouder van zaak 10 te verstrekken. Die ISP heeft vervolgens aan de officier van justitie de NAW-gegevens van de accounthouder en tevens verdachte bekend gemaakt. Er was sprake van een verdenking van overtreding van art. 240b SR en van de verdachte was bij het openbaar ministerie de identiteit niet bekend. Het internet is een medium dat uiterst snelle en wijde verspreiding van data c.q. afbeeldingen mogelijk maakt, zodat bij niet ingrijpen voor verdere verspreiding kon worden gevreesd. De NAW-gegevens hebben op zichzelf slechts in beperkte mate een privé-karakter. Naar het oordeel van het hof leiden deze omstandigheden ertoe, dat sprake was van een situatie die met voortvarendheid ter hand

52 Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.4.4.1 'Instemming'.
53 Hof Den Bosch, 8 november 2000, *Mediaforum* 2001/1, p. 18-20, m.nt. G.J. Zwenne, tevens in *Computerrecht* 2001/1, p. 39-46, m.nt. H.W.K. Kaspersen (Kinderpornozaak).
54 Zie Siemerink 1998. Over surveilleren op internet zie ook Siemerink 2003 D.

diende te worden genomen en dat daarom sprake was van een dringende en gewichtige reden in de zin van art. 11 lid 2 WPR.[55] De WPR richtte zich, net als tegenwoordig de WBP, tot de houder van een bestand met persoonsgegevens. Aannemelijk in deze zaak is dat de ISP zijn klant voor de verstrekking van de gegevens niet heeft benaderd, het ging immers om kinderporno. Daarnaast is ook niet gebleken van een regeling voor dit soort situaties van de ISP in zijn algemene voorwaarden.[56] Bij gebreke van andere wettelijke bevoegdheden om de betreffende NAW-gegevens te verkrijgen, bleef het OM niets anders over dan de ISP om een vrijwillige verstrekking te vragen. Kennelijk neemt het hof aan dat er geen andere mogelijkheden openstonden om de identiteit van de dader te achterhalen. De beginselen proportionaliteit en subsidiariteit spelen bij deze overweging een rol.

De houder van een bestand met persoonsgegevens, in dit geval een ISP, dient bij zijn afweging tot verstrekking van persoonsgegevens aan justitie het gebruik dat de informatievrager van deze gegevens beoogt te maken te betrekken.[57] Waar het gaat om het opsporen van strafbare feiten is het billijk dat het belang van de klant dat zijn identiteit niet aan derden wordt onthuld, moet wijken voor het algemeen belang dat de dader wordt opgespoord en vervolgd (proportionaliteit). Punt is echter nog steeds dat het voor het OM bijna onmogelijk is om deze gegevens op een andere wijze te verkrijgen dan door medewerking van de ISP (subsidiariteit).[58] De Wet vorderen gegevens telecommunicatie geeft sinds kort een meer duidelijke regeling van de bevoegdheden van politie en justitie om de gegevens te kunnen opvragen, waarvoor het spanningsveld bestaat tussen enerzijds justitie en politie en anderzijds de ISP die niet weet wanneer hij wel of niet gegevens moet/mag verschaffen.[59]

---

55 De WPR is per 1 september 2001 vervangen door de WBP.

56 Uit het praktijkonderzoek van de algemene voorwaarden van de verschillende ISP's is gebleken dat ISP's in hun algemene voorwaarden en/of in privacyverklaringen aangeven in welke situaties en onder welke voorwaarden zij (persoons)gegevens aan justitie verstrekken. Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel K. Privacy en hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.7 'Gedragscodes'.

57 Zie ook noot H.W.K. Kaspersen bij Hof Den Bosch, 8 november 2000, in *Computerrecht* 2001/1, p. 45 (Kinderpornozaak).

58 'Provider wil kosten terug. XS4ALL naar rechter om aftapplicht', *NRC-Handelsblad*, d.d. 7 maart 2005.

59 Wet van 18 maart 2004, *Stb.* 2004, 105, tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en andere wetten in verband met de aanpassing van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens terzake van telecommunicatie (Vorderen gegevens telecommunicatie), welke op 1 januari 2006 in werking is getreden. Zie ook Rapport van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij, *Gegevensvergaring in strafvordering, Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek*, mei 2001 (Rapport gegevensvergaring in strafvordering 2001).

6.2.2.3 E-mail

In een strafzaak tegen XS4ALL had justitie het doel van XS4ALL de beschikking te krijgen over alle reeds in de e-mail-box van verdachte aanwezige berichten, alsmede over de berichten die in de gespecificeerde periode al dan niet tijdelijk zouden worden opgeslagen.[60] XS4ALL acht het bevel tot afgifte onbevoegd gegeven, althans dat het zich niet kon uitstrekken over toekomstige gegevens. Mede uit een deskundigenverklaring en literatuur leidt de rechtbank eveneens af dat art. 125i SV betrekking heeft op overdracht van bestaande – en dus al onder bereik van de ISP opgeslagen – computergegevens en zich niet uitstrekt over toekomstige gegevens, in de casus aftappen. Een ISP heeft toegang tot de e-mail-box van zijn klanten, ook al zal hij daar om redenen van privacybescherming en vertrouwen geen tot minimaal gebruik van willen maken. Een ISP zal dus niet zomaar aan een vordering tot verschaffing van gegevens aan derden gehoor geven, maar zal eerst een afweging moeten maken aan de hand van de beginselen proportionaliteit en subsidiariteit.

De XS4ALL/ABFAB[61] zaak heeft betrekking op de functies access en hosting, en e-mail als dienst.[62] XS4ALL mag spam weigeren op haar netwerk. Het eigendomsrecht weegt zwaarder dan het recht op de vrijheid van (commerciële) meningsuiting, stelt de Hoge Raad, en dus mogen ISP's maatregelen nemen om spam te weren. De Hoge Raad oordeelde dat XS4ALL exclusieve rechten heeft op haar computer-capaciteit en klantenbestand. Iemand die zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en die daardoor inbreuk maakt op diens exclusieve recht, handelt onrechtmatig tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Een rechtvaardiging is niet gelegen in de vrijheid van meningsuiting. Dit grondrecht kan immers in beginsel niet dienen ter rechtvaardiging van een inbreukmakend gebruik van een goed waarop een ander exclusieve rechten heeft. Ook het aanbod van de spammer om de kosten te vergoeden van het gebruik dat zij van het computersysteem van XS4ALL maakt, kan de onderhavige inbreuk op de exclusieve rechten van XS4ALL niet rechtvaardigen. Een exclusief gerechtigde kan door een zodanig aanbod niet worden gedwongen een gebruik van haar goed te dulden waaraan

60 Rb. Amsterdam, 21 mei 1999, *Computerrecht* 1999/4, p. 196-199, m.nt. H.W.K. Kaspersen (Strafzaak XS4ALL).

61 HR 12 maart 2004, *RvdW* 2004, 46; tevens in *Mediaforum* 2004/4, p. 123-133, m.nt. A.R. Lodder, (XS4ALL/AB.FAB). Hof Amsterdam 18 juni 2002, rolnr. 468/02 SKG, *Computerrecht* 2002/5, p. 299-309, m.nt. J.J.C. Kabel, *Mediaforum* 2002/9, p. 293-298, m.nt. Q. Kroes, *JAVI* 2002/2, p. 63-66, m.nt. A.R. Lodder; Vzr. Rb. Amsterdam 7 maart 2002, KG 02/183P, *Mediaforum* 2002/4, p. 124-126, m.nt. Chr.A. Alberdingk Thijm, (XS4ALL/ABFAB).

62 In het algemeen kunnen e-mail-adressen als persoonsgegeven worden aangemerkt als ze kunnen worden gekoppeld aan andere beschikbare informatie die identificatie mogelijk maakt, bijvoorbeeld een klantenbestand. Aannemelijk is dat in ieder geval een gedeelte van de adresgegevens waarmee AB.FAB werkt persoonsgegevens in de zin van de WBP vormen. Zie Lodder & Bergfeld 2002, p. 1052.

zij niet wenst mee te werken, aldus de Hoge Raad. XS4ALL is niet gehouden spam af te leveren. Filteren is dus toegestaan. ISP's kunnen op grond van dit arrest echter niet allerlei ongewenst materiaal gaan weren, terwijl er niets onrechtmatigs aan is.

6.2.3 Notice and take down procedure

Aangezien de besproken wetgeving en jurisprudentie een ISP niet voldoende duidelijkheid bieden met betrekking tot de functie hosting, bespreek ik in deze paragraaf de notice and take down procedure die duidelijkheid voor een ISP kan brengen.[63] Drie vraagstukken zijn ondanks de wetgeving niet helder. Ten eerste is niet duidelijk wie de (on)rechtmatigheid van de beweerdelijk onrechtmatige informatie dient te beoordelen. Dit kan niet aan een ISP worden overgelaten maar is een taak voor de rechter. Ten tweede is niet duidelijk wanneer een ISP wetenschap heeft van bepaalde informatie, dan wel wetenschap heeft van de onrechtmatigheid van de informatie. Mijns inziens is dat bij mogelijk onrechtmatige informatie enkel het geval wanneer hem een gerechtelijk oordeel is betekend, met daarbij de vaststelling van de onrechtmatigheid van bepaalde informatie. Ten derde kan de toegankelijkheid van beweerdelijk onrechtmatige informatie gedurende een gerechtelijke procedure nog voor problemen zorgen. De ISP die informatie niet ontoegankelijk maakt riskeert aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad. De ISP die de informatie wel ontoegankelijk maakt, riskeert een vordering van de klant, de afnemer van zijn dienst, wegens wanprestatie. De ISP moet het belang van (potentieel) door de onrechtmatige informatie benadeelden afwegen tegen het belang van zijn klanten. Aan de orde is hier de spanning tussen het voorkomen of tegengaan van de verspreiding van onrechtmatige informatie enerzijds en de vrijheid van meningsuiting anderzijds.[64] Een gestroomlijnde communicatie tussen de schadelijdende partij en de persoon die de beweerdelijk onrechtmatige informatie met behulp van zijn ISP openbaart op internet kan een oplossing bieden voor de hier opgesomde problemen.

De USA en Finland hanteren een notice and take down procedure, die kort gezegd het volgende inhoudt.[65] De ISP ontvangt een verzoek tot blokkering van vermoedelijk onrechtmatige informatie en vervolgens wordt de informatie geblokkeerd door de ISP. Daarna zorgt de ISP dat de klant hiervan op de hoogte wordt gebracht en vraagt aan de klant om een reactie te geven. Geeft de klant een reactie en zegt hij bijvoorbeeld er is geen sprake van onrechtmatige infor-

63 In artikel 14 lid 3 van de Richtlijn wordt de mogelijkheid tot aanvullende nationale wetgeving uitdrukkelijk geboden.

64 Zie overweging 40 Richtlijn inzake elektronische handel.

65 Zie De Jongh en Siemerink 2002 en Siemerink 2004 B. Over 'notice and take down' zie ook Julia-Barcelo 1998 p. 461-462, Schellekens 2001 p. 236-238 en Vinje 2001.

matie, dan zal de ISP proberen deze twee partijen met elkaar in contact te brengen. De ISP is de tussenpersoon, hij zorgt voor het contact maar hoeft op dat moment geen oordeel te vellen over de (on)rechtmatigheid van de informatie. Op grond van § 512 van de Amerikaanse DMCA heeft een ISP in de USA een verwijderingsplicht, wanneer een auteursrechthebbende claimt dat zijn rechten worden geschonden. Het maakt niet uit of aan die claim kan worden getwijfeld. Daar staat tegenover dat een Amerikaanse ISP wettelijk het materiaal onmiddellijk weer toegankelijk moet maken, als de website-houder bezwaar maakt tegen sluiting van zijn website.

Wanneer er een klacht binnenkomt, kan een Nederlandse ISP op grond van de huidige wetgeving niet anders dan informatie beoordelen op onrechtmatigheid. Wanneer de ISP dat niet doet en de informatie eenvoudig doorleidt, ontstaat er een zekere mate van *chilling* effect ten aanzien van de klant.[66] De vraag is echter of de hier geschetste problemen in een paar regels van de algemene voorwaarden of in gedragscodes zijn te reguleren. Een ISP kan zich in zijn algemene voorwaarden het recht voorbehouden de vermeende onrechtmatige informatie te blokkeren, bijvoorbeeld totdat over het karakter van de informatie een rechterlijk oordeel is verkregen.[67] Een klachtenadres (*abuse* e-mail-adres) waar internetgebruikers met klachten over misbruik via de desbetreffende ISP – bijvoorbeeld verspreiding van auteursrechtinbreukmakende informatie – terechtkunnen, kan een oplossing bieden.[68] Hiervoor moet dan een goed protocol worden opgemaakt; alleen zeggen dat er iets verdachts plaatsvindt, is niet voldoende.[69] Een partij kan via een kennisgeving de ISP verzoeken om bepaalde informatie te blokkeren. De kennisgeving moet informatie bevatten over de plek waar het inbreukmakende materiaal is te vinden, en de reden waarom het materiaal onrechtmatig is. Sommige ISP's hanteren meldingsformulieren waarop de klager moet aangeven waarom de informatie volgens hem onrechtmatig is.

Nederlandse ISP's moet ruimte worden geboden om een standaardprocedure te hanteren voor het afwikkelen van binnenkomende klachten. Een meldingsformulier waarop de klager met behulp van een questionnaire moet aangeven waarom de informatie volgens hem onrechtmatig is, moet daarvan onderdeel uitmaken. Een ISP heeft tijd nodig om een afweging te maken en mag dat ook.[70] Daartoe kan een ISP in contact treden met de desbetreffende klant. Onderzocht dient te worden of een notice and take down procedure ook in Nederland een oplossing zou kunnen bieden.[71]

---

66 Zie ook Schellekens 2001, p. 63.

67 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.

68 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel M. Klachtenregeling en helpdesk.

69 Zie lijstje dat wordt gehanteerd in de Belgische zaak Belgacom Skynet/IFPI, paragraaf 6.2.2. 'Jurisprudentie'.

70 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 1-3, p. 25-28.

71 In overweging 46 Richtlijn is het volgende gesteld: 'De verwijdering of het ontoegankelijk maken dient te geschieden met inachtneming van het beginsel van de vrijheid van menings-

Er bestaan in Nederland meldpunten waarbij melding kan worden gemaakt van mogelijke strafbare feiten op het internet, te weten het meldpunt kinderporno en het meldpunt discriminatie. De signalering van mogelijke strafbare feiten door een meldpunt naar aanleiding van klachten van internetgebruikers of naar aanleiding van eigen bevindingen, kan voor politie en justitie aanleiding vormen een opsporingsonderzoek in te stellen, indien nodig met gebruikmaking van strafvorderlijke bevoegdheden.[72] Maar er blijven zich de nodige problemen voordoen bij inbreuken van intellectuele eigendomsrechten.[73] In dergelijke gevallen bevindt een ISP zich vaak in een positie waarin hij de informatie niet inhoudelijk wil en/of kan beoordelen.[74] Een ISP is slechts een tussenpersoon. Indien er een rechterlijk vonnis is gewezen kan een ISP pas zeker zijn van de onrechtmatigheid van informatie. Binnen de NLIP bestonden er daarom voornemens om in aanvulling op de bestaande meldpunten een nieuw meldpunt op te richten en dit te belasten met de oordeelsvorming over het al dan niet onrechtmatige karakter van de informatie die bij de bij haar vereniging aangesloten ISP's, was opgeslagen.[75]

De minister van Justitie heeft in een brief aan de Tweede kamer de oprichting van een notice and take down systeem aangekondigd.[76] Het systeem zou ertoe moeten strekken dat ISP's die in Nederland strafbare informatie hosten deze verwijderen (take down) na notificatie door een daarvoor aangewe-

---

uiting en van daarvoor vastgestelde procedures op nationaal niveau.' Het Ministerie van Justitie heeft een facilterend platform geboden om samen met belanghebbenden, onder andere de NLIP, om de tafel te gaan zitten en te bekijken of ze een notice and take down procedure van de grond kunnen krijgen. De resultaten hiervan zijn gepubliceerd in het 'Haalbaarheidsonderzoek Notice and Take Down Eindrapport', versie 1.5,'s-Gravenhage, augustus 2004. Het rapport is door Duthler Associates in opdracht van het Ministerie van Justitie en de NLIP opgesteld.

72 Zie ook Siemerink 2000 A-D en 2003 D.

73 Zie Nas 2004. Uit onderzoek van de Stichting Bits of Freedom (BOF) naar de praktijk van ISP's bij een mogelijke inbreuk op auteursrecht haalden zeven van de tien onderzocht ISP's de website zonder enig nader onderzoek uit de lucht. Voor de test zette BOF een auteursrechtvrije tekst van Multatuli uit 1871 online bij tien verschillende ISP's, waaronder Freeler, Tiscali, Demon, Planet Internet, XS4ALL en Chello. Vervolgens stuurde de fictieve 'mr. Johan Doorglever, juridisch adviseur van het E.D. Dekkers genootschap', via een gratis hotmail-adres een klacht aan alle ISP's. In zeventig procent van de gevallen verwijderde men de tekst onmiddellijk (Tiscali, Demon en Planet Internet), zonder te kijken naar de pagina of de twijfelachtige herkomst van de klager. XS4ALL, Chello en Freeler verwijderden het materiaal niet. Freeler reageerde echter geheel niet op de verzoeken. Chello achtte een hotmail-adres niet voldoende om een klacht te kunnen verifiëren. XS4ALL was van de onderzochte ISP's de enige die ook daadwerkelijk de website bezocht en concludeerde dat het auteursrecht niet meer gold voor de onderhavige werken.

74 Niet altijd, denk aan het geval dat overduidelijk sprake is van een kopie van een auteursrechtelijk beschermd werk zoals een illegale kopie van Microsoft Office.

75 Internetproviders en Ministerie van Justitie pakken illegale informatie op het internet aan, *persbericht Ministerie van Justitie*, d.d. 6 februari 2004. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 28 197, nr. 5, 15, 19 en 20 en 'Haalbaarheidsonderzoek Notice and Take Down Eindrapport', versie 1.5,'s-Gravenhage, augustus 2004.

76 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 197, nr. 22.

zen meldpunt dat waarschijnlijk wordt ondergebracht bij de KLPD: Nationaal Meldpunt Cybercriminaliteit. Aanvankelijk zal het meldpunt zich richten op het tegengaan van haatzaaiende en terroristische uitingen. Op den duur zal er meer algemeen melding kunnen worden gemaakt van vermeend illegale informatie op internet. Door 'experts' wordt vervolgens onderzocht of de informatie mogelijk strafbaar is en dient te worden verwijderd van het internet. Het ISPO – het nieuwe overlegorgaan van Nederlandse ISP's – heeft zich kritisch uitgelaten over het voorstel.[77] Er is geen overleg gevoerd met betrokkenen over de inrichting en de werkwijze van het meldpunt. Het systeem moet volgens het ISPO aan de volgende voorwaarden voldoen: onafhankelijke toetsing, anonieme hoor en wederhoor van klager en internetgebruiker, en de mogelijkheid van beroep bij de rechter. De vrijheid van meningsuiting en de privacy op internet dienen door middel van deze waarborgen te worden gegarandeerd. Daarnaast is vrijwaring van aansprakelijkheid voor ISP's ingeval van onterecht verwijderen van informatie belangrijk.

Het instellen van een meldpunt dat een oordeel velt over de inhoud van de informatie acht ik niet realiseerbaar.[78] Technisch gezien kan een dergelijk meldpunt 24 uur per dag bereikbaar zijn. Juridisch gezien zie ik het echter als een probleem wie deel moeten uitmaken van het meldpunt om de informatie te beoordelen en hoe (snel) een oordeel dient te worden geveld. Een wettelijke notice and take down procedure biedt meer rechtszekerheid voor beide partijen. Een wettelijke grondslag ontbreekt nu, wat betekent dat derden die schade lijden, zich van een door ISP's zelf gehanteerde notice and take down procedure niets hoeven aan te trekken. Het beeld dat ik met betrekking tot een wettelijke notice and take down procedure krijg, is dat de overheid het niet niet wil regelen, zij kan het wel. De wetgever geeft de voorkeur aan zelfregulering op dit gebied. De afgelopen jaren is echter gebleken dat dit niet haalbaar is. Mijns inziens dient de wetgever daarom over te gaan tot het realiseren van een wettelijke notice and take down procedure zoals deze in de USA wordt gehanteerd.

6.2.4 Aansprakelijkheidspositie ISP

De variabele rol van de ISP en de massaliteit van het informatieverkeer dat via de ISP loopt, maken het moeilijk algemene uitspraken over de aansprakelijkheid te doen. Om dezelfde reden dienen vergelijkingen met tussenpersonen uit de 'analoge' wereld, zoals uitgevers, drukkers, kabelexploitanten en aanbieders van telefonie met de nodige voorzichtigheid te worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of een ISP handelt in de uitoefening van de functie

77 Zie <www.ispo.nl>.
78 Zie hierover Schellekens 2001, p. 239-242 en Julia-Barcelo & Koelman 2000, p. 237.

access, hosting, extra value of content is van invloed op zijn aansprakelijkheid.[79] De algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik vormen een handvat om ISP-overeenkomsten te ordenen. Met behulp van deze beginselen is een functionele benadering van een ISP mogelijk. Hieronder worden daarom de functies die een ISP kan uitoefenen afgezet tegen de beginselen.

Tabel II: Algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik en functies ISP[80]

	access	hosting	extra value	content
beschikbaarheid	x	x	x	x
vertrouwelijkheid		x		x
integriteit	x	x		x
authenticiteit	x	x		x
flexibiliteit	x		x	x
transparantie				x

Men zou kunnen zeggen dat een ISP met twee soorten aansprakelijkheid van doen heeft tegenover zijn klanten: aansprakelijkheid voor wat zijn klanten doen tegenover andere klanten of derden en aansprakelijkheid ten aanzien van de klanten zelf.[81] Het zal vooral draaien om de vraag welke zorg in de gegeven omstandigheden van de ISP mocht worden verwacht ten aanzien van het voorkomen van schadelijke gevolgen. Deze vraag kan worden onderverdeeld in twee lagen: ten eerste het ontdekken van de desbetreffende normschending, en ten tweede het handelen naar aanleiding van die ontdekking. Deze twee lagen zijn gedeeltelijk uitgewerkt in wetgeving en jurisprudentie. Bij gebrek aan specifieke regelgeving zal aan de hand van de verschillende bronnen van aansprakelijkheid in het algemeen moeten worden bepaald hoe ver de aansprakelijkheid van een ISP reikt. Van de bronnen van verbintenissen zijn met betrekking tot de aansprakelijkheid van een ISP met name de overeenkomst (art. 6:213 BW) en de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) van belang. Art. 6:196c BW is een specialis op art. 6:162 BW. De overeenkomst kan worden gebruikt om partijen rechtszekerheid te verschaffen in die gevallen dat het onduidelijk is op welke wijze aanvullende rechtsregels dienen te worden toegepast of bepalingen uit de wet open normen bevatten. Hier wordt daarom vanuit de bestaande regelgeving zowel ingegaan op de buitencontractuele aansprakelijkheid bij onrechtmatige daad als de contractuele aansprakelijkheid. Om de mogelijkheden van contractuele aansprakelijkheidsbeperking te onderzoeken dient er immers naar de bestaande wet en regelgeving gekeken te worden.

79 Zie Hoofdstuk 2 'Functies en diensten van ISP's'. Zie ook Hugenholtz 1998, p. 224 en Koers 1998, p. 20-24.

80 Zie hoofdstuk 1 paragraaf 1.3 'Algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik en ISP's' en hoofdstuk 2 paragraaf 2.3 'Indeling functies en diensten ISP's'.

81 Zie ook Siemerink 2003 A en B.

Hieronder volgt een beschrijving van de aansprakelijkheidspositie van de ISP per functie. Op de mogelijkheden van beperking en uitsluiting van aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten – de contractuele aansprakelijkheidspositie van de ISP – wordt vervolgens aan de hand van deze aansprakelijkheidsposities nader ingegaan.

6.2.4.1 Access

De zorgplichten van de ISP met betrekking tot de functie access zijn het verschaffen van toegangsmiddelen en adequate beschikbaarheid van het internet.[82] Beschikbaarheid geldt voor alle vier functies, maar voornamelijk voor access omdat deze functie aan beschikbaarheid ten grondslag ligt. Indien er geen sprake is van beschikbaarheid heeft een klant immers niets aan zijn ISP-overeenkomst.[83] Er zal worden bezien op welke wijze deze zorgplichten door de ISP worden vervuld in de praktijk en hoe de risico's over de betrokken partijen in de wet, rechtspraak en contractueel worden verdeeld.[84] Hiertoe volgt eerst een overzicht van de wettelijke aansprakelijkheidspositie van de ISP bij het verrichten van de functie access.

Tabel III A: Aansprakelijkheidspositie ISP ten aanzien van klanten bij functie access

ISP functie	internetdiensten		aansprakelijkheid ten aanzien van klanten (art. 6:74 BW/ 6:162 BW)		op grond van	
access	internet-toegang	mere conduit / caching	geen *beschik-baarheid*	systeem ISP	disfunctioneren *techniek* ISP	virussen
				internet		fout personeel
						etcetera
		caching	geen *authenticiteit / integriteit*		verouderde *informatie*	niet tijdig opschonen proxy-server

82 Zie hoofdstuk 2 paragraaf 2.3.2.1 'Access' en bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP. Flexibiliteit speelt een rol omdat een ISP flexibel moet zijn ten opzichte van de technologische ontwikkelingen en internettoegang steeds via de nieuwste technieken mogelijk moet maken om zo zijn concurrentiepositie op de markt te behouden. 'Meer internetgebruik via ADSL dan kabel', *NRC-Handelsblad*, d.d. 7 februari 2004.

83 'Het uitblijven van door een eindgebruiker gewenste overdracht en/of routering van signalen kan men aanduiden als een tekortkoming in beschikbaarheid.' Huisjes 2002, p. 9.

84 Zie ook Knobbout-Bethlem 1992, p. 219-221.

Tabel III B: Aansprakelijkheidspositie ISP voor informatie van zijn klanten tegenover andere klanten of derden bij functie access

ISP functie	internetdiensten		aansprakelijkheid voor zijn klanten tegenover andere klanten of derden	op grond van
access	internet-toegang	mere conduit	niet naleven voorwaarden art. 12 jo. 15 Richtlijn inzake elektronische handel / art. 6:196c lid 1 en 2 BW	onrechtmatige c.q. strafbare *informatie* klant
			niet naleven voorwaarden art. 12 jo. 15 Richtlijn inzake elektronische handel / art. 54a SR	strafbare *informatie* klant

Techniek

Een ISP kan bij het uitoefenen van de functie access aansprakelijk zijn ten aanzien van zijn klanten op grond van tekortkomingen met betrekking tot de techniek. De technische voorzieningen (hard- en software) waar een ISP gebruik van maakt om internetdiensten aan zijn klanten aan te bieden kunnen disfunctioneren. Indien het transport niet, onvolledig of verkeerd wordt uitgevoerd kan dat het gevolg zijn van aan de ISP toe te rekenen fouten.[85] Door een fout van het personeel van de ISP kan er bijvoorbeeld een storing in het systeem van de ISP optreden. Het verlenen van aansluiting op het systeem van de ISP is een leveringsverplichting van de ISP aan de klant. Wordt de verbintenis niet of niet tijdig nagekomen, dan is de ISP op grond van art. 6:74 lid 1 BW schadeplichtig, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Het is dan aan de ISP om aan te tonen, dat de tekortkoming niet aan zijn schuld is te wijten, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (art. 6:75 BW). Bekeken moet worden in hoeverre ISP's zich contractueel kunnen indekken. Bijvoorbeeld door een bepaling in hun algemene voorwaarden op te nemen dat herstel van een storing naar beste kunnen en zo spoedig mogelijk plaatsvindt.

De ISP is in het geval van een inspanningsverplichting niet direct in gebreke als zijn netwerk niet goed functioneert, en daardoor geen internettoegang mogelijk is.[86] Een klant kan zijn ISP aansprakelijk stellen wanneer de ISP zich onvoldoende inspant. Er moet worden bezien in hoeverre een overmachtbepaling redelijk is. De aard van een ISP-overeenkomst brengt met zich mee dat honderd procent beschikbaarheid van internettoegang niet realiseerbaar is. Toegang tot het internet zal niet altijd mogelijk zijn. De oorzaak daarvan hoeft niet altijd bij de ISP te liggen. De storing kan bijvoorbeeld door een network-provider – al dan niet in het buitenland – zijn veroorzaakt. Zo steken er bij tijd en wijle berichten de kop op over het verlies van beschikbaarheid van

85 Zie Huisjes 2002, p. 176-179.
86 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.5 'Inspanningsverbintenis c.q. resultaatsverbintenis'.

(delen van) het internet, omdat steeds meer belangrijke onderdelen van het internet op slechts enkele locaties geconcentreerd zijn.[87]

De kwalificatie van de ISP-overeenkomst voor wat betreft de functie access als inspanningsverbintenis is van belang bij de constatering of sprake is van een tekortkoming, maar zegt nog niets over de vraag of deze tekortkoming ook aan de ISP kan worden toegerekend. Dit betekent bijvoorbeeld niet dat onderbrekingen van de leveringen die samenhangen met de noodzaak om onderhoudwerkzaamheden uit te voeren niet meer mogelijk zijn. Dergelijke onderbrekingen vloeien voort uit de aard van de ISP-overeenkomst. Onderzocht moet worden hoe ISP's een onderhoudsbeurt in hun overeenkomst verdisconteren. In een ideale situatie omvat een omschrijving van een onderhoudsbeurt een uiterlijke termijn voor herstel en een restitutievergoeding bij termijnoverschrijding.

In art. 15 Richtlijn inzake elektronische handel is bepaald dat ISP's geen algemene verplichting hebben om toezicht te houden op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief feiten of omstandigheden die op onrechtmatige activiteiten duiden, te gaan zoeken. Onduidelijk is hoe deze bepaling dient te worden uitgelegd met betrekking tot het tegengaan van computervirussen.[88] De praktijk wijst uit dat de gemiddelde individuele gebruiker niet in staat is doeltreffende maatregelen te treffen om virussen te voorkomen. Zijn virusscanner herkent het nieuwe virus vaak niet eens. Virussen kunnen, zoals is gebleken, dermate ingrijpende netwerkproblemen veroorzaken, waarbij dusdanig veel gebruikers betrokken zijn, dat de oplossing hiervoor op netwerkniveau dient te liggen.[89] Een ISP dient te voorkomen dat zijn server(s) gebrekkig functioneren door besmetting van virussen, omdat hij dan niet meer kan voldoen aan zijn verplichting tot beschikbaarheid van het internet.[90] Een klant moet er daarentegen vanuit gaan dat het nooit om volledige virusbescherming door de ISP kan gaan omdat virussen zich steeds verder ontwikkelen. Met betrekking tot virussen dient een ISP voldoende maatregelen te nemen om te voorkomen dat de PC van zijn klant wordt geïnfecteerd en dient hij ervoor te zorgen dat wanneer de PC van zijn klant is geïnfecteerd dat zo gauw mogelijk weer ongedaan wordt gemaakt. De klant blijft de eindverantwoordelijke en dient daarom ook een eigen virusscanner te

87 'Storing bij KPN treft snel internet', *NRC-Handelsblad*, d.d. 8 januari 2003; 'Nagelschaar kan telecom platleggen', *NRC-Handelsblad*, d.d. 9 januari 2003.

88 Zie ook paragraaf 6.2.4.3 'Extra value'. *Spyware* veroorzaakt ook overlast. Het bekendste voorbeeld is de zogenaamde 'cookie'. Het Besluit Universele Dienstverlening en Eindgebruikersbelangen, het BUDE, stelt nieuwe en strenge regels voor het down- en uploaden van gegevens van en naar apparatuur van eindgebruikers. Zie art. 4.1 BUDE.

89 Virussen met wereldwijde gevolgen waren bijvoorbeeld het I-love-you-virus en het Kournikova-virus.

90 Spam zou ook netwerkstoringen kunnen veroorzaken waardoor een klant geen toegang meer heeft tot zijn internetdiensten. Over spam zie verder paragraaf 6.2.4.2 'Hosting'.

installeren. Bij de ISP ligt de taak om zijn klant daarover te informeren.[91] De ISP dient als toegangverlener tot een netwerk, bij het tegengaan van schade, een belangrijke rol te vervullen. Een ISP heeft zodoende een zekere plicht om zijn klanten te informeren over virussen.[92] Daarnaast kan bij de ISP de plicht bestaan, om op straffe van aansprakelijkheid, klanten te waarschuwen voor een waargenomen gevaar of zelfs om de gevaarlijke situatie op te heffen, ook al zal een ISP niet zelf voor het ontstaan daarvan verantwoordelijk zijn.[93] Door de aard van zijn werkzaamheden is een ISP eerder in staat gevaren te signaleren die zijn klanten bedreigen.

Informatie

De aansprakelijkheid van een ISP die de functie access uitoefent voorzover het de onrechtmatige verspreiding van informatie met behulp van zijn systeem betreft, is miniem omdat er normaal gesproken geen sprake is van betrokkenheid bij de inhoud en samenstelling van de informatie die zij hun klanten ter beschikking stellen.[94] Een ISP is niet verantwoordelijk voor de informatie die een klant bij het gebruik van het internet bereikt voorzover het geen eigen informatie van de ISP betreft. Een ISP kan wel onrechtmatige informatie doorgeven, maar in dat geval is art. 6:196c lid 1 BW van toepassing en hoeft een ISP geen maatregelen te treffen omdat hij geen controle heeft over de doorgegeven informatie. Technische tekortkomingen daarentegen kunnen wel aansprakelijkheid veroorzaken als door de tekortkomingen informatie niet meer actueel is.[95] Indien de ISP een proxy-server hanteert dient hij zich er van te gewissen dat hij de meest actuele informatie en daarmee de juiste informatie aan zijn klanten doorgeeft.[96] Daarbij spelen de beginselen integriteit en authenticiteit een rol. Via een proxy-cache kunnen bestanden, lang nadat ze van de originele website zijn verwijderd, nog beschikbaar zijn. Indien een ISP de informatie op zijn proxy-server niet tijdig 'ververst' kan hij door zijn klanten aansprakelijk worden gesteld op grond van verouderde informatie.[97] De ISP kan overigens in dit geval ook door de houder van de website aansprakelijk worden gesteld

91 Zie ook paragrafen 6.2.3.3 'Extra value' en 6.2.3.4 'Content'.
92 Zie ook Steenbruggen 2001 A en B en De Koning & Van Boxtel 2001.
93 Zie HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger).
94 Zie tabel III B.
95 'Bij gebrekkigheden in de telecommunicatiedienstverlening die tot uiting komen in een verminderde kwaliteit, die in de eerste plaats op kan treden door een verlies aan integriteit van de over te dragen en te routeren signalen en in een ontijdige overdracht of onjuiste routering van signalen, kan worden gesproken van een tekortkoming in betrouwbaarheid.' Huisjes 2002, p. 9.
96 Er is geen technische noodzaak om gegevens te cachen. Indien caching achterwege zou blijven, is de beschikbaarheid van informatie in dezelfde mate gewaarborgd, maar minder snel toegankelijk.
97 Art. 13 Richtlijn inzake elektronische handel en art. 6:196c lid 3 BW zijn niet van toepassing op de relatie klant – ISP, maar op de relatie informatieverschaffer – ISP. In deze relatie zal het zeer waarschijnlijk niet om informatie van de klant van de ISP gaan.

als op basis van het toepasselijk recht bijvoorbeeld een overeenkomst tussen de bezoeker en de houder van de website tot stand komt op basis van oude lagere prijzen.

Verkeersgegevens c.q. persoonsgegevens
De inbel-server van de ISP legt op het moment dat een klant inlogt, onder meer het IP-adres vast evenals de log-in-naam, de datum en het tijdstip van inloggen. Deze gegevens zijn verkeersgegevens. Door middel van het koppelen van verkeersgegevens aan persoonsgegevens kan een klant worden geïdentificeerd. De *United States Court of Appeals* in Washington DC heeft bepaald dat ISP's die enkel de functie access verrichten niet verplicht zijn desgevraagd de identiteit van bestandsuitwisselaars aan de muziekindustrie prijs te geven, tenzij de rechter daarvoor een verplichting oplegt.[98] Eerder had een lagere rechter geoordeeld dat de DMCA ISP's daartoe verplicht. Het Amerikaanse Hof oordeelt dat deze interpretatie onjuist is:

> 'The issue is whether § 512(h) applies to an ISP acting only as a conduit for data transferred between two internet users, such as persons sending and receiving e-mail or, as in this case, sharing P2P files. Verizon contends § 512(h) does not authorize the issuance of a subpoena to an ISP that transmits infringing material but does not store such material on its servers. The RIAA argues § 512(h) on its face authorizes the issuance of a subpoena to an "[internet] service provider" without regard whether the ISP is acting as a conduit for user-directed communications. We conclude from both the terms of § 512(h) and the overall structure of § 512 that, as Verizon contends, a subpoena may be issued only to an ISP engaged in storing on its servers material that is infringing or the subject of infringing activity.'

Deze gedachtegang lijkt mij juist en ook als uitgangspunt hanteerbaar in Nederland. De ISP hoeft geen persoonsgegevens van klanten prijs te geven in het geval van access, zoals bij P2P-gebruik waarbij het enkel om doorgeven van informatie gaat, tenzij een rechter hem daartoe verplicht. Dan is een ISP gevrijwaard van aansprakelijkheid door zijn klant. Zo oordeelde ook het Amsterdamse Hof over de vordering van de stichting Brein om vijf ISP's te veroordelen om persoonsgegevens van klanten bekend te maken: een civiele rechter kan ISP's bevelen om klantgegevens aan Brein bekend te maken, maar z'on bevel kan niet snel gegeven worden.[99] In deze zaak oordeelt de rechter

98 United States Court of Appeals, 19 december 2003, no. 03-7015 (RIAA/Verizon).

99 De Stichting Brein (Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland) heeft geprobeerd met behulp van ISP's sommaties aan verspreiders van illegale muziek en films op P2P-netwerken te versturen. 'Brein krijgt geen gegevens. Identiteit van "webpiraten" blijft geheim', *NRC-Handelsblad*, d.d. 13 april 2005. Toen dat geen resultaat opleverde is Brein een kort geding gestart, omdat ISP's in hun algemene voorwaarden de verstrekking van naam en adressen van klanten niet toestaan. Vrz. Rb. Utrecht, 12 juli 2005, *NJ* 2005, 387, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT9073; *Computerrecht* 2005, p. 336-343, m.nt. A. Ekker (Brein/Chello e.a). Op 13 juli 2006 heeft het hof dit vonnis bekrachtigd: Hof Amsterdam 13 juli 2006, *Recht-*

dat de ISP's terecht hebben geweigerd om de klantgegevens bekend te maken omdat de wijze waarop Brein de IP-adressen heeft laten verzamelen en verwerken geen rechtmatige grondslag heeft.[100] Brein heeft bij het verzamelen van de IP-adressen gebruik gemaakt van de diensten van MediaSentry, een Amerikaans bedrijf. De USA kunnen echter niet worden beschouwd als een land met een passend beschermingsniveau voor persoonsgegevens, terwijl voorts MediaSentry met behulp van software die zij gebruikt de inhoud van de 'shared folders' van de desbetreffende IP-adressen onderzoekt, in welke 'shared folders' zich ook bestanden kunnen bevinden die geen inbreuk maken op de rechten van een ander of die een persoonlijk karakter kunnen hebben.

Op 24 augustus 2006 oordeelde de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam echter als volgt:[101]

> 'Een service provider kan onder omstandigheden gehouden zijn om de gevraagde gegevens te verstrekken aan (een belangenbehartiger van de) rechthebbenden. Ten eerste moet daarvoor voldoende aannemelijk zijn dat sprake is van inbreukmakend (onrechtmatig) handelen van de desbetreffende abonnees en ten tweede dient buiten redelijke twijfel te zijn dat degene(n) van wie de identificerende gegevens ter beschikking worden gesteld ook daadwerkelijk degenen zijn die zich aan dit handelen schuldig zouden hebben gemaakt. In dat geval kan het zo zijn dat de privacybelangen van de betrokkenen bij het geheim houden van hun gegevens moeten wijken voor het belang van de rechthebbenden om tegen het onrechtmatig handelen op te treden.'

Heel veel meer duidelijkheid bieden deze omstandigheden de ISP mijns inziens niet. Deze voorwaarden, in het bijzonder de tweede, brengen met zich mee dat de ISP een afweging dient te maken of hij er wel of niet toe overgaat om de persoonsgegevens aan de klager te verstrekken terwijl het niet wenselijk is dat een ISP deze afweging maakt maar dit aan een rechter dient te worden overgelaten.

6.2.4.2 Hosting

De zorgplichten van de ISP met betrekking tot de functie hosting zijn het verschaffen van server-ruimte en adequate beschikbaarheid van de hostingdiensten.[102] Indien een ISP fungeert als host is dit een inspanningsverplichting

---

spraak.nl, LJN: AY3854. Op 15 april 2005 hebben de ISP's Brein gedagvaard in een bodemprocedure. De ISP's willen een verklaring voor recht dat zij geen verplichting hebben om de persoonsgegevens te verstrekken onder de WBP en dat de burgerlijke rechter niet bevoegd is om dat te bevelen.

100 Zie ook Rechtbank Brussel 26 november 2004, *Computerrecht* 2005/10, p. 65-71, m.nt. F. Petillion (SABAM/Tiscali).

101 Vzr. Rb. Amsterdam 24 augustus 2006, *Rechtspraak.nl*, LJN: AY6903.

102 Zie hoofdstuk 2 paragraaf 2.3.2.2 'Hosting'. Zie ook bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

met als gewenst resultaat dat informatie van de klant door middel van de servers en het systeem van de ISP op het internet wordt verspreid en daarmee voor andere internetgebruikers toegankelijk wordt.[103] Hieronder volgt een overzicht van de wettelijke aansprakelijkheidspositie van de ISP bij het verrichten van de functie hosting.

Tabel IV A: Aansprakelijkheidspositie ISP ten aanzien van klanten bij functie hosting

ISP functie	internetdiensten	aansprakelijkheid ten aanzien van klanten (art. 6:74 BW/ 6:162 BW)	op grond van
hosting	website nieuwsgroep chat	geen *beschikbaarheid*	zie tabel III A Access
		geen *authenticiteit / integriteit*	geen correcte weergave van *informatie* klant
		geen *vertrouwelijkheid*	ongerechtvaardigd verstrekken persoonsgegevens klant (art. 8 WBP) op grond van *informatie* klant
	e-mail	geen *beschikbaarheid*	zie tabel III A Access
			spam
		geen *authenticiteit / integriteit*	geen correcte weergave van *informatie* voor of van klant
		geen *vertrouwelijkheid*	ongerechtvaardigd verstrekken persoonsgegevens klant (art. 8 WBP) op grond van *informatie* klant; Schending communicatiegeheim (art. 13 GW) ten aanzien van *informatie* klant

Tabel IV B: Aansprakelijkheidspositie ISP voor informatie van zijn klanten tegenover andere klanten of derden bij functie hosting

ISP functie	internetdiensten	aansprakelijkheid voor zijn klanten tegenover andere klanten of derden	op grond van
hosting	website nieuwsgroep chat	niet naleven voorwaarden art. 14 jo. 15 Richtlijn inzake elektronische handel / art. 6:196c lid 4 BW	onrechtmatige c.q. strafbare *informatie* klant
		niet naleven voorwaarden art. 14 jo. 15 Richtlijn inzake elektronische handel / art. 54a SR	strafbare *informatie* klant
	e-mail	art. 6:74 BW / art. 6:162 BW	virussen (strafbare *informatie* klant)
			spam (*informatie* klant)

103 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.5 'Inspanningsverbintenis c.q. resultaatsverbintenis'.

Techniek
Een ISP kan bij het uitoefenen van de functie hosting aansprakelijk zijn ten aanzien van zijn klanten op grond van gebreken in de technische voorzieningen, bijvoorbeeld indien er geen beschikbaarheid van de diensten is. Voorzover het beschikbaarheid van de hosting-internetdiensten betreft, is er sprake van access.[104] Door een fout van het personeel van de ISP kunnen websites van klanten worden gewist.[105] Ook kan er sprake zijn van een Ddos-attack (*distributed denial of service*) tijdens een chat-sessie.[106] Via het systeem van de ISP kan de klant zijn website hosten op een server en op afstand inhoudelijk veranderen. Hiervoor is internettoegang niet noodzakelijk, toegang tot het systeem van de ISP is voldoende. Indien toegang tot het systeem van de ISP echter niet mogelijk is om dergelijke handelingen te verrichten kan de ISP daarvoor door de klant aansprakelijk worden gesteld.

De dienst e-mail dient te worden onderscheiden van de andere hostingdiensten omdat zich bij deze dienst specifieke problemen kunnen voordoen en de Richtlijn en Aanpassingswet inzake elektronische handel niet van toepassing zijn op de dienst omdat het geen informatie betreft die voor het publiek toegankelijk is.[107] Indien de beschikbaarheid van de dienst e-mail die de ISP levert in het geding is, bijvoorbeeld in het geval van een computervirus, en de ISP hiervan kennis draagt, dan wel goede redenen heeft om aan te nemen dat zijn server door een virus is geïnfecteerd, is hij tegenover zijn klanten verplicht hier iets aan te doen.[108] Veel virussen worden via e-mail verspreid door verzending samen met een besmet attachment.[109] Door dit laatste document te openen wordt het virus actief. De virussen zijn vaak zo geprogrammeerd dat zij zichzelf kunnen reproduceren en verder verspreiden. ISP's zijn in staat de verspreiding van virussen te verhinderen dan wel te verminderen door naast het geven van waarschuwingen de op hun servers aanwezige mailboxen en e-mail-berichten te screenen op mogelijke virussen.[110] De ISP kan, met speciale programmatuur, toegang krijgen tot de onder zijn beheer staande mailboxen. Indien een virus wordt gevonden, zou dit door de ISP verwijderd kunnen worden of hij zou waarschuwingen kunnen laten uitgaan naar zijn klanten. Indien de ISP niets zou ondernemen en hij dientengevolge zijn diensten niet meer kan leveren, kan hij hiervoor aansprakelijk zijn jegens de klanten die geen gebruik meer kunnen maken van de dienst e-mail. Een

---

104 Zie paragraaf 6.2.3.1 'Access'.
105 'Planet Internet wist door fout 2.000 sites', *NRC-Handelsblad*, d.d. 11 oktober 2001.
106 Zie: 'Chatsessie met kroonprins mislukt', *NRC-Handelsblad*, d.d. 23 januari 2002; 'Chat is nooit helemaal veilig', *NRC-Handelsblad*, d.d. 24 januari 2002; 'OM onderzoekt kraken chatsessie', *NRC-Handelsblad*, d.d. 25 januari 2002.
107 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 1-3, p. 25. Zie ook paragraaf 6.2.1.2 'Richtlijn en Aanpassingswet inzake elektronische handel'.
108 Zie ook Steenbruggen 2001 A en B en De Koning & Van Boxtel 2001.
109 Zie echter: 'Het e-mailvirus streft uit', *NRC-Handelsblad*, d.d. 7 augustus 2006.
110 Zie ook paragraaf 6.2.4.3 'Extra value'.

klant draagt echter zelf ook een zekere verantwoordelijkheid met betrekking tot het voorkomen van de nadelige gevolgen van virussen.[111]

Bij de dienst e-mail kan zich een specifiek beschikbaarheidsprobleem voordoen indien het e-mail-netwerk van de ISP wordt overladen met spamberichten en daardoor beschikbaarheid van de dienst e-mail onmogelijk is geworden.[112] De spam-problematiek moet worden gezien in het kader van veilig gebruik van internet.[113] Regelgeving is slechts beperkt effectief, omdat internet wereldwijd is en geen geografische grenzen kent. Veel spam komt vanuit landen buiten de EU, in het bijzonder uit Azië en de USA. Een effectieve bestrijding van spam vergt daarom dat ook de landen buiten de EU maatregelen treffen om het verschijnsel spam tegen te gaan. Internetgebruikers, en dus de klanten van ISP's, moeten bewust worden gemaakt van de mogelijkheden die ze zelf hebben om zich te beschermen en van hun eigen verantwoordelijkheid daarin. Het ontvangen van ongevraagde e-mail-berichten is bijvoorbeeld mede afhankelijk van het surfgedrag, onder andere de wijze waarop men omgaat met het bekendmaken van het eigen e-mail-adres. De beveiligingsmaatregelen die een individuele eindgebruiker neemt, zijn een belangrijke factor in de kwetsbaarheid van het totale internet. Een slecht beveiligde PC kan bijvoorbeeld via internet door derden worden misbruikt, waardoor een onwetende particulier of ondernemer de afzender blijkt te zijn van een grote partij spam.[114] Spam heeft drie eigenschappen: grootschalige verzending, ook wel bulk genaamd; ongevraagd c.q. ongewenst voor de ontvanger;[115] commercieel karakter.[116] Het risico dat spam de gehele internetinfrastructuur zal blokkeren, wordt op dit moment niet voorzien. Wel kan op het niveau van een individuele ISP een e-mail-server vastlopen indien te veel klanten van die ISP te grote hoeveelheden e-mail ontvangen (of verzenden) en kan op het niveau van een individuele internetgebruiker bepaalde programmatuur of zelfs de

111 Op initiatief van de ministeries van Verkeer en Waterstaat en Economische Zaken is in oktober 2001 de landelijk campagne Surf op Safe gestart welke zich richt op een veiliger gebruik van internet. Zie <www.surfopsafe.nl>.

112 In de Kabinetsnota KWINT 2001 is uitgebreid ingegaan op kwetsbaarheden van het internet en de rol van de overheid daarin. De spam-problematiek moet worden gezien in het groter kader van veilig gebruik van internet. De Europese commissie schat dat 50% van het wereldwijde e-mail-verkeer momenteel (februari 2004) uit spam bestaat. In 2001 was dit percentage nog onder de 10 %. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 26 643, nr. 46. Zie ook Kabel 2003 en Kaspersen & Lodder 2004 en paragraaf 6.2.3.3 'Extra value'.

113 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 26 643, nr. 46, p. 1.

114 Zie ook <www.spamvrij.nl> en <www.spamklacht.nl>.

115 Als de ontvanger van e-mail na ontvangst van spam kan aangeven in het vervolg hier niet meer van gediend te zijn wordt gesproken van opt-out. Een eventueel verbod van spam komt de facto overeen met een opt-in regeling.

116 Lodder & Bergfeld 2002, p. 1051.

hele PC vastlopen als gevolg van grote hoeveelheden spam.[117] Het probleem van spam zit vooral in de overlast en de kosten die spam met zich meebrengt voor zowel internetgebruikers als ISP's.[118] Een ISP mag spam op zijn netwerk weigeren. Voorlichting aan gebruikers van e-mail is noodzakelijk. Hier ligt een zekere verantwoordelijkheid voor de ISP.

Informatie

Een ISP kan door zijn klanten aansprakelijk worden gesteld indien er geen sprake is van authenticiteit en integriteit, bijvoorbeeld wanneer de informatie van de klant niet correct wordt weergegeven. Daarnaast kan een ISP door derden of andere klanten aansprakelijk worden gehouden voor de informatie die zijn klant met behulp van zijn servers op het internet beschikbaar stelt.[119] In eerste instantie is een klant aansprakelijk voor de inhoud van zijn website, de inhoud van een door hem beheerde nieuwsgroep en de inhoud van een door hem op het internet geplaatst chat-bericht. ISP's die bemoeienis hebben met de inhoud van een bepaald informatieaanbod in de zin van selectie en samenstelling, kunnen (mede-)aansprakelijk zijn voor dat aanbod. Een ISP draagt een risico indien hij niet voldoet aan de voorwaarden neergelegd in de Aanpassingswet inzake elektronische handel.[120] Een ISP is niet verplicht om informatie van een klant vooraf te controleren. Bij het uitoefenen van de functie hosting is een ISP in staat de inhoud van de op zijn server aanwezige informatie in te zien, aan te passen of te verwijderen.[121] In hoeverre een ISP een overzicht heeft over informatie die klanten op zijn servers hebben geplaatst lijkt vooral het volume van belang te zijn. Een ISP kan gemakkelijk controleren of een klant de door de ISP toegestane hoeveelheid overschrijdt. Een inhoudelijke controleplicht is al snel in strijd met de privacy van de klant en met de vrijheid van meningsuiting. Een ISP moet informatie van een klant slechts vooraf controleren als de ISP een gegronde reden heeft te twijfelen aan de rechtmatigheid van de bij hem opgeslagen informatie in verband met de gerechtvaardigde belangen van derden.[122] Een ISP is in eerste instantie niet aansprakelijk voor de inhoud van e-mail-berichten van zijn klanten, omdat het communicatiegeheim de ISP verbiedt van privé-communicatie kennis te nemen (art. 13 GW). Een klant verwacht authenticiteit en integriteit indien hij

117 Voor e-mail geldt een opt-in regime, waarbij de klant (natuurlijk persoon) tevoren toestemming moet hebben gegeven voor het overbrengen van de communicatie. Zie art. 11.7 TW. Daarvan is geen sprake als de toestemming slechts is gebaseerd op een bepaling in de algemene voorwaarden.

118 Zie paragraaf 6.2.2.3 'E-mail'.

119 Het WWW blijkt bijvoorbeeld geschikt voor het verspreiden van illegale en schadelijke informatie, geheime communicatie tussen terroristen, en het ongeoorloofd binnendringen in servers en databanken. Zie Siemerink 2003 D.

120 Zie paragraaf 6.2.1 'Wetgeving'.

121 Zie Rb. Middelburg, 21 januari 2004, *Rechtspraak.nl*, LJN: AO2756.

122 Zie paragraaf 6.2.2 'Jurisprudentie'.

gebruik maakt van de dienst e-mail van zijn ISP. Een klant kan zijn ISP aansprakelijk stellen indien e-mail-berichten onjuist c.q. verminkt worden verstuurd dan wel door hem worden ontvangen. De klant draagt echter ook een zeker risico, bijvoorbeeld of hij zijn beveiligingssoftware c.q. anti-virussoftware wel heeft geïnstalleerd. Door risicoaanvaarding van de klant kan aansprakelijkheid van de ISP worden opgeheven. Of een ISP daadwerkelijk aansprakelijk is voor de onrechtmatige dan wel strafbare openbaarmakingen van zijn klanten hangt samen met de vraag of hij zich bewust is van de onrechtmatige situatie, of dat redelijkerwijs had moeten zijn, maar desondanks afziet van het nemen van maatregelen.[123] Van een ISP mag worden verwacht dat hij informatie of hyperlinks uit zijn computersysteem verwijdert indien hij van het onrechtmatig handelen in kennis is gesteld en aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen.[124]

Persoonsgegevens

Het opvragen van persoonsgegevens speelt voornamelijk een rol bij de functie hosting omdat hosting ten doel heeft de informatie van de klant ter beschikking te stellen van een bepaalde groep of zelfs te openbaren. Bij alle vier hostingdiensten kan het opvragen van persoonsgegevens een rol spelen. Wanneer een ISP aan zijn klanten de mogelijkheid biedt om door middel van de diensten website, e-mail, nieuwsgroep en chat informatie op dan wel over het internet te verspreiden kan het zijn dat de ISP op grond van de inhoud van de informatie wordt aangesproken en wordt gevraagd om de persoonsgegevens te onthullen van de internetgebruiker die verantwoordelijk is voor de informatie. Een ISP is echter verplicht om vertrouwelijk met de persoonsgegevens van zijn klant om te gaan. Indien een ISP de persoonsgegevens van zijn klant ongerechtvaardigd verstrekt aan een derde kan de ISP door de klant aansprakelijk worden gesteld omdat de vertrouwelijkheid is geschonden. ISP's zijn wettelijk en contractueel verplicht om de privacy van hun klanten te beschermen maar moeten tegelijkertijd meewerken aan de handhaving van het strafrecht en gerechtvaardigde private belangen.[125]

De ISP zal moeten beoordelen of hij de persoonsgegevens van de betreffende klant aan de klager ter beschikking stelt en waarom, om zo het risico voor onbedoeld gebruik te verkleinen.[126] Bij het verschaffen van persoonsgegevens

---

123 Demon heeft op eigen initiatief een website over pedofilie verwijderd van haar servers omdat Demon niet geassocieerd wil worden met pedofilie. De website op het domein <www.pedofilie.be> was opgezet door drie pedofielen die zichzelf als zodanig bekend wilden maken. Demon verwijdert pedofilie website, *Bits of Freedom Nieuwsbrief*, d.d. 6 augustus 2003.

124 Zie paragraaf 6.2.2 'Jurisprudentie'.

125 Zie Nas 2001 en Gardeniers 2002. Zie ook paragraaf 6.2.2.2 'Persoonsgegevens'.

126 Volgens Ekker en Van Daalen bestaat alleen een plicht tot afgifte van persoonsgegevens door een ISP na tussenkomst van de rechter. Zie Ekker & Van Daalen 2003. Zie ook Ekker in zijn noot onder HR 25 november 2005, *Mediaforum* 2006/1, p. 17-21, m.nt. A. Ekker(Lycos/

door een ISP dient altijd de vraag te worden gesteld of de opheffing van de anonimiteit van de klant een effectief middel is om verdere verspreiding te voorkomen. Informatie die ontoegankelijk is gemaakt kan weer terug worden geplaatst op het internet, maar de anonimiteit van een internetgebruiker kan niet meer worden hersteld als die eenmaal is onthuld. De noodzaak van een onthulling moet daarom streng worden beoordeeld en het is de vraag in hoeverre een ISP dat kan. Een volledige aansprakelijkheid zou al snel kunnen leiden tot beperking in het aanbod van internetdiensten, maar een volledige uitsluiting van aansprakelijkheid zou een effectieve rechtshandhaving ernstig kunnen belemmeren aangezien de ISP vaak de enige toegangspoort is tot het achterhalen van de oorspronkelijke bron.[127] Ten eerste kan bij het afstaan van persoonsgegevens sprake zijn van strijd met het grondrecht op privacy van de klant. De ISP kan vervolgens ook in strijd handelen met de WBP. Ten derde kan de ISP in strijd handelen met specifieke bepalingen die in de overeenkomst tussen de ISP en de klant zijn opgenomen.

Het is duidelijk dat een ISP bij het uitoefenen van de functie hosting voor een dilemma wordt geplaatst. Verderop in dit hoofdstuk wordt onderzocht in hoeverre een ISP deze spagaatpositie kan vermijden door zijn aansprakelijkheid tegenover zijn eventueel inbreuk makende, dan wel strafbare klant contractueel af te dichten.[128]

6.2.4.3 Extra value

Bij extra value gaat het om onderdelen uit de overeenkomsten tussen ISP's en klanten die extra diensten naast access en hosting als onderwerp hebben.[129] Voor de functie extra value gelden specifieke verplichtingen voor de ISP, die afhankelijk zijn van de overeengekomen extra value. Beschikbaarheid is bij alle diensten die onder extra value vallen een noodzakelijke voorwaarde om de functie te kunnen uitoefenen. Daarnaast staat het beginsel flexibiliteit centraal. De behoefte aan extra value is afhankelijk van de techniek en de marktwerking en dient zodoende constant door de ISP aan de ontwikkelingen te worden aangepast. Bij extra value gaat het alleen om aansprakelijkheid ten aanzien van de klant. Hieronder volgt een overzicht van de wettelijke aansprakelijkheidspositie van de ISP bij het verrichten van de functie extra value.

Pessers).

127 Gezien het grote belang dat een anonieme gebruiker bij de handhaving van zijn anonimiteit kan hebben, is het volgens Ekker raadzaam dat hij in kennis wordt gesteld van de poging om zijn identiteit te achterhalen en dat hij de gelegenheid krijgt om zijn argumenten naar voren te brengen. Het zou daarom volgens Ekker goed zijn wanneer aan de ISP een 'notificatieverplichting' wordt opgelegd, inhoudende dat hij verplicht is de klant in kwestie op de hoogte te stellen. Dit moet mijns inziens dan wettelijk worden geregeld, bij voorkeur door middel van een notice and take down procedure. Zie Ekker 2002.

128 Zie paragraaf 6.3 'Exoneratiebedingen in ISP-overeenkomsten'.

129 Zie hoofdstuk 2 paragraaf 2.3.2.3 'Extra value'.

Tabel V: Aansprakelijkheidspositie ISP ten aanzien van klanten bij functie extra value

ISP functie	internetdiensten	aansprakelijkheid ten aanzien van klanten (art. 6:74 BW / 6:162 BW)	op grond van
extra value	helpdesk	geen *beschikbaarheid*	te lange wachttijd
			te weinig personeel
			etcetera
	verschaffen anti-virussoftware	geen *flexibiliteit*	niet informeren over virussen
			disfunctioneren anti-virus-software
	filteren van ongewenste inhoud	geen *flexibiliteit*	disfunctioneren filterprogrammatuur
	verschaffen spam-filter		niet informeren
	registratie domeinnaam	wanprestatie	geen registratie
	ontwerpen website		geen ontwerp
	verkrijging IP-adres		geen IP-adres
	etcetera		

Helpdesk

Bij de dienst helpdesk kan een ISP door zijn klanten aansprakelijk worden gesteld indien er geen beschikbaarheid van de helpdesk is.[130] Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn op grond van te lange telefonische wachttijden voordat een klant met een medewerker van de helpdesk wordt doorverbonden of indien er te lang moet worden gewacht voordat een ISP antwoord geeft op een e-mail-bericht gericht aan de helpdesk. De te lange wachttijden kunnen de oorzaak zijn van te weinig helpdeskmedewerkers. Daarnaast dient een helpdesk adequate informatie te verstrekken indien een klant met een probleem opbelt.

Anti-virussoftware en filteren

ISP's hebben de primaire verantwoordelijkheid voor het beveiligen en betrouwbaar maken van het internet.[131] Het filteren van e-mail op spam en virussen kan daartoe een middel zijn.[132] Op dit moment is filterprogrammatuur echter nog niet op een niveau dat alle spam automatisch kan worden geweerd.

130 Zie bijlage paragraaf 5.2 'specifieke bedingen', onderdeel M. Klachtenregeling en helpdesk.
131 'Providers ontwijken beveiligingsplicht', *Netkwesties*, d.d. 25 maart 2005.
132 Planet Internet biedt bijvoorbeeld tegen betaling een spam-filter aan (extra value). Zie ook paragraaf 6.2.4.2 'Hosting'.

'Goede' mail zal ook worden uitgefilterd en sommige spam-mail juist niet.[133] Het staat iedere ISP vrij om diensten aan te bieden als spam-filtering of virusscanning van e-mail wanneer de klant daar om vraagt. Het is dan aan de ISP om hier duidelijke afspraken over te maken met zijn klant. Bijvoorbeeld over welke kwaliteit de klant van de filtering dan wel scanning kan verwachten. Dat in de *header* van de e-mail-berichten de regel wordt toegevoegd dat het bericht is gescand op virussen. En dat de klant bericht krijgt wanneer aan hem geadresseerde mail door de spam-filter als spam is opgevat, etcetera. Het is de ISP niet toegestaan ongevraagd e-mail-berichten te openen en content toe te voegen. Dat mag alleen wanneer deze actie als dienst wordt aangeboden in de vorm van bijvoorbeeld een virusscanner en wanneer de klant daarvoor zijn goedkeuring geeft.[134]

Er bestaan verschillende soorten filterprogramma's om de toegang tot ongewenste websites of nieuwsgroepen af te sluiten. Sommige filteren op trefwoorden, andere op URL's (webadressen), weer andere gebruiken beide. Er zijn ook technologieën die via de centrale computer van een netwerk informatie blokkeren. Wat bijna alle filtersystemen gemeen hebben is dat ze onnauwkeurig en te omzeilen zijn. Filteren is een omstreden methode om legaal, maar door sommigen ongewenst, materiaal ontoegankelijk te maken. De meeste filterprogramma's blokkeren tamelijk willekeurig. Als het trefwoord 'verkrachting' op de lijst staat, worden ook alle pagina's en nieuwsgroepen voor verkrachtingsslachtoffers geblokkeerd. Filtersystemen zijn nog volop in ontwikkeling ter verbetering van bestaande systemen. Een belangrijk gegeven bij het filteren van informatie is de fysieke locatie waar de filtering plaatsvindt. Deze kan immers bij de klant plaatsvinden maar ook gecentraliseerd, waarbij de ISP de parameters instelt. Bij het filteren op het centrale niveau van de ISP is sprake van extra value.

Stel dat een ISP met zijn klanten een overeenkomst heeft gesloten, die een bepaling bevat die de ISP verplicht om aan zijn klanten geen pornografische informatie door te geven. Daartoe gebruikt de ISP een filterprogramma. Door een fout in dat programma krijgt een klant die met behulp van een zoekprogramma op bepaalde trefwoorden zoekt, toegang tot een webpagina waarop pornografisch materiaal aanwezig is. De vraag kan zich dan voordoen of de ISP tegenover de klant aansprakelijk is voor eventuele immateriële schade op grond van art. 6:74 BW en verder. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen of de ISP tegenover de klant aansprakelijk is voor deze schade. Voornamelijk zal het hier gaan om de vraag of de tekortkoming in de contrac-

133 De meeste van de onderzochte ISP's hebben een spam-verbod in hun algemene voorwaarden opgenomen. XS4ALL maakt bijvoorbeeld in art. 4 lid 3 van haar algemene voorwaarden duidelijk dat zij er belang aan hecht dat haar klanten gevrijwaard blijven van ongevraagde reclame via e-mail door het opleggen van een daartoe strekkend verbod aan haar eigen klanten. Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel H. Verplichtingen van de klant.

134 Zie Steenbruggen 2001 A en B en De Koning & Van Boxtel 2001.

tuele verplichting aan de ISP kan worden toegerekend. Daarbij zouden volgens Van Esch de volgende criteria van belang kunnen zijn:[135] of het filterprogramma door hem is ontwikkeld, of afkomstig is van een derde;[136] of hij de fout in het programma redelijkerwijs had kunnen ontdekken; of hij voor het filtreren van de informatie van derden een vergoeding vraagt, en in welke verhouding het bedrag van de vergoeding staat tot het bedrag van de geleden schade; of zijn activiteiten een beroeps- of bedrijfsmatig karakter hebben; de wijze waarop de ISP zich tegenover zijn klanten profileert, waarbij kan worden gedacht aan bepaalde uitingen betreffende aard, kwaliteit of betrouwbaarheid van de informatie.[137]

Een virus moet altijd eerst worden gesignaleerd en worden aangemeld alvorens een bestrijdingsmiddel beschikbaar kan komen. De kans dat een nieuw virus niet door anti-virussoftware wordt gesignaleerd blijft altijd aanwezig. In zoverre draagt een ISP geen aansprakelijkheid wanneer hij zich voldoende inspant.

Domeinnaam, website en IP-adres

Indien een ISP in opdracht van een klant een domeinnaam moet registreren, of een website moet ontwerpen, of de klant een eigen IP-adres moet verschaffen kan een ISP door deze klant aansprakelijk worden gesteld op grond van wanprestatie wanneer de ISP zijn verplichtingen tegenover zijn klant niet nakomt. De bepalingen in de overeenkomst geven weer wat de inhoud is van de verbintenissen die partijen bij extra value moeten nakomen. Dat betekent dat in het geval dat de klant schade lijdt door een gebeurtenis die buiten de contractuele risicoverdeling ligt, bijvoorbeeld wanneer er niets of onvoldoende over de extra value is afgesproken, er geen tekortkoming kan worden vastgesteld.

6.2.4.4 Content

De website c.q. portal-site van een ISP is het middel om zijn klanten te informeren. De klant vervult bij de functie content de rol van afnemer van informatie.[138] Hieronder volgt een overzicht van de wettelijke aansprakelijkheidspositie van de ISP bij het verrichten van de functie content.

---

135 Zie Van Esch 2004 A, p. 156.

136 Hier kan productaansprakelijkheid (art. 6:185 BW) een rol spelen indien de software wordt gezien als een product. De productaansprakelijkheid laat ik hier buiten beschouwing. Zie daarover Westerdijk 1995.

137 Vergelijk *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1-2, p. 66.

138 Zie hoofdstuk 2 paragraaf 2.3.2.4 'Content'.

Tabel VI: Aansprakelijkheidspositie ISP ten aanzien van klanten bij functie content

ISP functie	internetdiensten	aansprakelijkheid ten aanzien van klanten (art. 6:74 BW/ 6:162 BW)	op grond van
content	portal-site/website ISP	geen *beschikbaarheid*	zie tabel III A Access
		geen *authenticiteit / integriteit / vertrouwelijkheid*	onjuiste *informatie*
		geen *flexibiliteit*	*informatie* niet up-to-date
		geen *transparantie*	niet voldoen aan *informatie*plichten (zie hoofdstuk 3 'Totstandkoming van ISP-overeenkomsten')

Techniek
De zorgplicht van de ISP bij het uitoefenen van de functie content is adequate beschikbaarheid van content. De wijze waarop hij deze zorgplicht in de praktijk vervult is van belang voor het bepalen van zijn aansprakelijkheidspositie. De beschikbaarheid ligt aan de functie access ten grondslag.[139]

Informatie
Voorzover een ISP de functie content uitoefent, dat wil zeggen op eigen initiatief informatie openbaar maakt, bijvoorbeeld door middel van een bij hem in dienst zijnde redactie die de website van de ISP vult, kan hij in beginsel voor de onrechtmatigheid van de openbaarmaking van deze informatie aansprakelijk worden gehouden, bijvoorbeeld wanneer hij inbreuk op een auteursrecht maakt.[140] Daarnaast kan content een wezenlijk onderdeel van de ISP-overeenkomst uitmaken indien de ISP bijvoorbeeld interactieve spelen aanbiedt. Indien het spel niet werkt zoals is afgesproken of het spel illegaal blijkt te zijn, kan de klant zijn ISP daarvoor aansprakelijk stellen.

Het beginsel flexibiliteit maakt duidelijk dat een ISP wanneer hij een eigen website heeft deze ook dient te onderhouden en aan te passen aan de nieuwste ontwikkelingen. Indien de ISP bijvoorbeeld nieuws- en weerberichten op zijn website aanbiedt, dient hij deze dagelijks dan wel per nieuws item te verversen en het aanbod van zoekmachines en filterprogrammatuur dient up-to-date te zijn. Veel ISP's bieden informatie aan die alleen toegankelijk is voor klanten. Voor klanten dient het dan duidelijk te zijn hoe (bijvoorbeeld door middel van codes of wachtwoorden) zij deze informatie kunnen raadplegen. Authenti-

139 Zie paragraaf 6.2.3.1 'Access'.
140 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem, 10 juli 1996, *Computerrecht* 1996/5, p. 198-201, m.nt. P.B. Hugenholtz, (PTT Nederland/Vuurwerk) en Rb. Amsterdam, 20 mei 1999, *Mediaforum* 1999/7-8, nr. 39 (Compuserve en Visser/World Online). Deze aansprakelijkheid speelt niet direct een rol in de contractuele relatie van de ISP tegenover de klant.

citeit, integriteit en vertrouwelijkheid zijn belangrijk bij het uitoefenen van de functie content. Een ISP kan informatie ter verduidelijking van de overeenkomst – hierbij denk ik aan de behandelde informatie in hoofdstuk 3 of bijvoorbeeld informatie over hoe en wanneer een klant de hulp van de helpdesk kan inschakelen – op zijn website plaatsen. Indien een ISP informatie op zijn website plaatst om zijn klanten te informeren, moet een klant er van kunnen uitgaan dat de informatie correct is. Is dat niet het geval dan kan een klant zijn ISP in beginsel aansprakelijk stellen. Onderzocht moet worden in hoeverre informatieverstrekking op de portal-site als een waarschuwing kan worden aangemerkt en in die zin van invloed is op de aansprakelijkheidspositie van de ISP.

Om aansprakelijkheid met betrekking tot content uit te sluiten maakt een ISP gebruik van *disclaimers* op zijn website.[141] De disclaimer heeft betrekking op de internetgebruikers, klanten van de ISP dan wel derden, die de informatie op de website raadplegen. Bezien moet worden in hoeverre een disclaimer op de website van een ISP juridische waarde heeft in de contractuele relatie met zijn klant. Daarvoor verwijs ik naar de volgende paragraaf.

6.3 EXONERATIEBEDINGEN IN ISP-OVEREENKOMSTEN

Exoneratiebedingen komen voor in vrijwel ieder pakket algemene voorwaarden.[142] In paragraaf 6.3.1 wordt het begrip 'exoneratiebeding' nader gedefinieerd. Het vermoeden dat exoneratiebedingen onredelijk bezwarend zijn, wordt besproken aan de hand van de huidige wet en regelgeving op het gebied van exoneratiebedingen en relevante jurisprudentie en doctrine. Op grond hiervan worden toetsingscriteria opgesteld waaraan in paragraaf 6.3.2 de exoneratiebedingen in de algemene voorwaarden van ISP's in de praktijk worden beoordeeld. De exoneratiebedingen die voorkomen in de algemene voorwaarden kunnen niet los worden gezien van de overige bedingen in de algemene voorwaarden. De onderzochte bedingen in de hoofdstukken 4 en 5 spelen daarom een belangrijke rol bij de beoordeling van exoneratiebedingen die ISP's hanteren.[143]

6.3.1 Exoneratiebedingen

Als vast komt te staan dat de ISP zich door zijn handelwijze tegenover de klant schuldig heeft gemaakt aan een toerekenbare tekortkoming van zijn verplichtin-

141 Zie Siemerink, Van Eijden & Van Esch 2006 en Siemerink 2004 C. Zie ook bijlage paragraaf 3.2 'Disclaimers'.

142 Zie Siemerink 2002 B, p. 96. Zie ook Filott 2000, p. 54-63.

143 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.1.4 'Verkorting verjarings- of vervaltermijn: art. 6:236 sub g BW', paragraaf 4.4.1.6 'Bewijsbedingen: art. 6:236 sub k BW' en paragraaf 4.4.1.9 'Geschillenbeslechting: art. 6:236 sub n BW'. En hoofdstuk 5 paragraaf 5.3.3 'Opschortings- en ontbindingsrechten in de praktijk getoetst'.

gen uit de overeenkomst kan de klant hem daarvoor aansprakelijk stellen en nakoming, schadevergoeding en/of ontbinding van de overeenkomst vorderen.[144] Aansprakelijkheid betekent een draagplicht wegens veroorzaakte schade. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid. In hoeverre schuld- en risicoaansprakelijkheid door ISP's contractueel kunnen worden beperkt of uitgesloten wordt hieronder bezien.

6.3.1.1 Het begrip exoneratiebeding

Voorzover uit de wet niet anders volgt, zijn ISP's bevoegd bij overeenkomst van de in de wet neergelegde aansprakelijkheidsbedingen af te wijken. Zij kunnen op grond van de contractsvrijheid de volgens het gemene recht geldende aansprakelijkheid uitbreiden, beperken of preciseren. Exoneratiebedingen zijn bedingen ter beperking of ter uitsluiting van de wettelijke aansprakelijkheid.[145]

Het begrip 'exoneratiebeding' komt niet voor in het BW en is moeilijk te definiëren. Het onderzoek is gericht op alle bedingen die aansprakelijkheid uitsluiten dan wel beperken. De wijzen waarop een ISP probeert tot uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid te komen variëren sterk.[146] Het is daarom moeilijk om exoneratiebedingen in algemene bewoordingen te beschrijven. Van een exoneratiebeding is sprake in een beding dat de ISP geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, dan wel in een vrijwaring, een versmalling van de aansprakelijkheid voor overmacht of een prestatiebeperking van de overeengekomen prestatie.

Vrijwaring wil zeggen: er is een derde die de aansprakelijkheid 'overneemt'. Wanneer de ISP in een beding in zijn algemene voorwaarden bepaalt dat de klant (zijn wederpartij) in bepaalde gevallen – bijvoorbeeld wanneer door een ISP een nadeel wordt veroorzaakt aan een derde – de aansprakelijkheid 'overneemt', is sprake van een vrijwaringsbeding. Van een vrijwaringsbeding is mijns inziens ook sprake wanneer de ISP in een beding bepaalt dat wanneer zijn klant schade veroorzaakt aan een derde, of omgekeerd, de aansprakelijkheid van de ISP op de klant kan worden afgewenteld ('doorgeschoven').

Een beding waarin overmacht ruim wordt geformuleerd omdat men verder gaat dan de wettelijke omschrijving daarvan, noemt men een overmachtbeding. Dit is in feite ook een exoneratiebeding. Overmachtbedingen behelzen allereerst en vooral een totale uitsluiting van de aansprakelijkheid voor schade, in de als overmacht aangemerkte gevallen. Zij ontzeggen daar-

144 Zie ook hoofdstuk 5 paragraaf 5.3 'Opschorting en ontbinding van ISP-overeenkomsten'.
145 Zie ook Duyvensz 2003, p. 7-9, Kortmann 1988 p. 1207 en Rijken 1983, p. 23-24.
146 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.

naast aan de wederpartij de mogelijkheid om in die gevallen nakoming van de overeenkomst te vorderen.[147]

Een garantie is een uitbreiding van de verplichtingen van de contractspartij zelf. Een garantie kan dus van invloed zijn op de aansprakelijkheidspositie. Het begrip 'garantie' is echter verwarrend. Wanneer een garantiebepaling negatief is gesteld, bijvoorbeeld 'de ISP geeft geen garantie, dat…', is er sprake van een beperking van de verplichtingen en dus van een exoneratie. Voor een dergelijk beding wordt ook wel het begrip 'prestatiebeperkingsbeding' gehanteerd.[148]

6.3.1.2 Waarvoor exonereren

Een exoneratiebeding wordt opgesteld door een ISP om aansprakelijkheid uit te sluiten of te beperken voor bepaalde handelingen en bepaald gedrag. Meestal zal een ISP zijn verplichtingen beperken in zijn algemene voorwaarden. Bovendien wordt vaak expliciet bepaald dat de ISP niet garandeert dat de diensten zonder onderbrekingen of fouten zullen werken of dat alle fouten zullen worden hersteld.

Vervolgens kan een ISP toerekenbaarheid van een tekortkoming beperken in zijn algemene voorwaarden door overmacht contractueel uit te breiden. Het gaat dan om de aanduiding van de situatie waarin van de ISP als schuldenaar niet meer kan of mag worden verwacht dat hij zijn verbintenis zal nakomen. De meeste overmachtsituaties zullen tijdelijk zijn en kunnen door passende voorzieningen ongedaan worden gemaakt. Een langdurige overmachtsituatie zou kunnen ontstaan indien omvangrijke of vitale delen van het internet en of het systeem van de ISP niet beschikbaar zijn. Terrorisme, oorlog of natuurrampen zouden hier de oorzaak van kunnen zijn.

Daarnaast kan een ISP de verplichting tot schadevergoeding, die ontstaat door een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad in zijn algemene voorwaarden beperken, bijvoorbeeld door voor bepaalde gevolgen de aansprakelijkheid uit te sluiten of te beperken, zoals vertragingsschade voor een netwerk dat lange tijd niet bereikbaar is, of gevolgschade voor het verdwijnen van bestanden en persoonsgegevens die niet goed beveiligd zijn. Of bijvoorbeeld het verloren gaan van gegevens, fouten in de website, het uitvallen van de website of het optreden van fouten bij transacties. Het is een mogelijkheid om voor verschillende soorten schade die kunnen voortvloeien uit een toerekenbare tekortkoming een specifieke regeling in de exoneratieclausule op te nemen.

---

147 Zie ook hoofdstuk 5 paragrafen 5.3.3.3 'Beëindiging van de overeenkomst door de ISP: art. 6:237 sub d BW en 5.3.3.4 'Rubricering opschortings- en ontbindingsgronden'.

148 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.2.2 'Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking)'.

Verder kan de ISP een bedrag specificeren waarvoor hij aansprakelijk kan worden gesteld. Bij duurovereenkomsten zoals de ISP-overeenkomst kan het exoneratiebeding worden gekoppeld aan het in rekening gebrachte bedrag over een bepaalde periode. Het kan zijn dat een ISP (gedeeltelijk) aansprakelijkheid aanvaardt, maar de omvang van zijn verplichting tot schadevergoeding vervolgens beperkt. Hij kan bijvoorbeeld bepalen dat hij slechts tot een van tevoren vastgesteld maximum bedrag schadeplichtig is, aangezien het juist bij duurovereenkomsten mogelijk is dat gedurende de looptijd van de overeenkomst zich meerdere schadegevallen voordoen.

Vervolgens kan men denken aan uitsluitingen van aansprakelijkheid voor schade door dood of letsel; van persoons- of zaakschade; van gederfde winst of andere bedrijfsschade; van voorzienbare of onvoorzienbare schade; van stagnatie- of vertragingsschade; van andere (indirecte) schade; of van immateriële schade of andere gevolgschade. Bedrijfsschade en winstderving doen zich bij een consument niet voor. Bij de uitvoering van de ISP-overeenkomst zullen dood of lichamelijk letsel zich zelden voordoen. Wanneer de klant een kabelmodem van de ISP huurt die geplaatst is in het huis van de klant zou deze schade zich kunnen voordoen. Aansprakelijkheid wordt ook wel voor bepaalde gradaties van opzet of schuld beperkt of uitgesloten. Ook wordt aansprakelijkheid voor de gedragingen van bepaalde personen beperkt of uitgesloten, bijvoorbeeld werknemers bij de ISP die storingen verzorgen of data laten verdwijnen.

Verder kan een exoneratie door een ISP worden opgesteld om aansprakelijkheid uit te sluiten of te beperken tot bepaalde tijd of binnen bepaalde termijnen. Bijvoorbeeld dat de klant binnen een tijdslimiet een klacht moet indienen. Daarna vervalt de aanspraak op schadevergoeding. Vaak wordt in de vorm van garantiebepalingen de periode waarbinnen de claims kunnen worden ingediend wegens gebreken beperkt.

6.3.1.3 Geoorloofdheid van exoneraties

Het zal wel duidelijk zijn dat een ISP zelf zo min mogelijk risico's wil dragen. Het doel is daarom alle risico's en de daardoor mogelijk ontstane schade te trachten over te dragen op de klant.[149] Bij de beoordeling van de geoorloofdheid van exoneraties is het onderscheid tussen de toelaatbaarheid van het beding zelf en de toelaatbaarheid van een beroep dat daarop in een concreet geval wordt gedaan van belang.[150]

---

149 Een exoneratiebeding is onnodig voorzover een dergelijke beperking al wettelijk geregeld is. Dat is voor ISP's gedeeltelijk gebeurd in de Richtlijn inzake elektronische handel en de daarbij behorende Aanpassingswet inzake elektronische handel.

150 In de dissertatie van Duyvensz staat de vraag centraal hoe kan worden beoordeeld wanneer een prestant zich in een overeenkomst ten opzichte van zijn afnemer op een exoneratieclausule kan beroepen, Duyvensz 2003, p. 1.

In procedures die over overeenkomsten worden gevoerd, zijn exoneraties vaak onderwerp van geschil.[151] Dit leerstuk is dan ook vooral in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen. Een arrest dat belangrijk is geweest voor de beoordeling van exoneratiebedingen is het arrest Saladin/HBU.[152] Uit dit arrest kan men leren dat de redelijkheid van een beroep op exoneratiebedingen afhangt van de omstandigheden van het geval.[153] Relevant zijn bijvoorbeeld het doel van de exoneratie, de wijze van totstandkomen van het beding, de positie van partijen, de branchegewoonten en de inhoud van de rest van de overeenkomst. De ISP moet dan het bewijs leveren dat naar deze omstandigheden de exoneratie niet onredelijk bezwarend is.

Girot geeft aan dat er verschillende redenen zijn waarom de contractuele relatie tussen klant en ISP bij het uitvoeren van de functie access niet in balans is, omdat de ISP elke garantie voor een kwalitatieve dienst vermijdt.[154] De eerste reden is volgens Girot het feit dat ISP's worden gezien in het brede perspectief van de telecommunicatiesector. In feite is het internet niets anders dan telecommunicatie. Een ISP is voor het verlenen van access afhankelijk van telecommunicatieoperators die een dominante positie hebben op de telecommunicatiemarkt. De consequentie is dat ISP's voor het uitoefenen van de functie access gebonden zijn aan de stand van zaken van de telecommunicatiemarkt om hun aanbod voor de klant te formuleren. Deze afhankelijkheid is onvermijdelijk een factor die bijdraagt aan de onevenwichtigheid, voornamelijk wat betreft de kwaliteit van de dienst internettoegang. Een tweede reden van onevenwichtigheid vloeit voort uit de eminent technische aard van internettoegang. Huisjes verdedigt in zijn proefschrift ook dat 'de stand der techniek' een sectorspecifieke 'HBU-omstandigheid' is voor de ICT-sector. De stand der techniek omschrijft hij als het niveau van de redelijkerwijs beschikbare technische middelen en de daarmee samenhangende normaliter bij een dienstverlener aanwezig te veronderstellen kennis en kunde.[155] Dit zijn belangrijke aandachtspunten om rekening mee te houden bij de beoordeling van de exoneratiebedingen die ISP's hanteren.

Uitsluiting van aansprakelijkheid voor eigen opzet of grove schuld (bewuste roekeloosheid, ernstige fouten) is in het algemeen nietig wegens strijd met

151 Zie ook Rijken 1998.

152 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU). Zie ook Rijken 2001.

153 De omstandigheden welke een rol speelden in het Saladin/HBU arrest zijn door Rijken aan de hand van een aantal vragen aan een analyse onderworpen. Rijken 1983, p. 133-206. Zie ook HR 12 mei 2000, *VR* 2000, 188 (Interpolis/Peeten). Duyvensz verdedigt in zijn proefschrift de stelling dat een toetsing aan alle omstandigheden van het geval vanuit het oogpunt van rechtszekerheid onwenselijk is, indien onduidelijk is hoe de verschillende soorten omstandigheden en gezichtspunten concreet moeten worden ingevuld en hoe zij zich ten opzichte van elkaar verhouden. Zie Duyvensz 2003.

154 Girot 2001, p. 128-140.

155 Huisjes 2002, p. 217.

de goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW).[156] Een exoneratiebeding waarin elke aansprakelijkheid wordt uitgesloten, met uitzondering van opzet en grove schuld, is niet per definitie redelijk. Of een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW), zal afhangen van de omstandigheden van het geval.[157] Een beroep op een exoneratiebeding waarin elke aansprakelijkheid wordt uitgesloten zonder dat gesproken wordt over opzet of over grove schuld, is niet per definitie onaanvaardbaar.[158] Een beroep op een exoneratiebeding is wel per definitie onaanvaardbaar als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de exonerant of diens bedrijfsleiding.[159] In het Pseudo-vogelpest arrest besliste de Hoge Raad uitdrukkelijk dat in verband met de eisen van de goede trouw een verkoper zich onder bepaalde omstandigheden niet op zijn exoneratiebeding kan beroepen. In B2C situaties zijn, zoals wij verderop zullen zien, art. 6:233 jo art. 6:237 sub f BW van toepassing.[160] De opvatting dat art. 6:233 sub a BW als een lex specialis ten opzichte van art. 6:248 lid 2 BW moet worden beschouwd, is door de Hoge Raad verworpen in zijn arrest van 14 juni 2002, NJ 2003, 112.[161]

De uitspraak Consumentenbond/EnergieNed en Vewin is het eerste arrest op het terrein van de artt. 6:240 en 241 BW, de collectieve actie procedure.[162] De Consumentenbond had succes met haar vordering tot onredelijk bezwarend verklaring van het exoneratiebeding in enkele model algemene voorwaarden luidende:

> 'Het bedrijf is jegens de aanvrager of gebruiker niet aansprakelijk voor schade aan personen of zaken ten gevolge van onderbreking van de levering.'

De aard van de prestatie en de grenzen zoals die worden gesteld door de stand van de techniek waren geen rechtvaardiging voor de exoneratie. Ook de in het algemeen geringe omvang van de schade die een consument als gevolg van een elektriciteitsstoring zal lijden niet.[163] Geen beschikbaarheid van elek-

---

156 In beginsel is een exoneratie voor opzet of grove schuld van (niet-leidinggevende) hulppersonen/ (niet leidinggevende) ondergeschikten geoorloofd. Zie HR 31 december 1993f, *S&S* 1994, 36 (Serra).

157 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU) en HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 m.nt. ARB (Apeldoorn/Duisterhof).

158 Zie conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 7 december 2001, *JOR* 2002, 44 (Geeris/Van Beusekom).

159 HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 m.nt. GJS (Pseudo-vogelpest); HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389 m.nt. CJHB (Matatag/De Schelde) en HR 5 september 1997, NJ 1998, 63 m.nt. mr. R.E. Japikse (Gerling/Hanno).

160 Zie paragraaf 6.3.2.2 'Exoneratiebeding: art. 6:237 sub f BW'.

161 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112, m.nt. JH (Bramer/Colpro). Zie ook *Parl. Gesch.* Inv. boek 3,5 en 6, p. 1621, De Graaf 2006, p. 6-11 en Hijma 2003, p. 39-40.

162 HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1 m.nt. CJHB (Consumentenbond/EnergieNed en Vewin).

163 Zie ook hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.5 'Inspanningsverbintenis c.q. resultaatsverbintenis' en Huisjes 2002, p. 110-118.

triciteit kan het disfunctioneren van internetdiensten tot gevolg hebben. ISP's dienen zich van dit gevaar bewust te zijn en hun netwerken uit te rusten met noodstroomvoorzieningen. In de Dell-zaak, ook een collectieve actie procedure, merkt het hof als onredelijk bezwarend voor consumenten aan de door Dell opgenomen beperkingen van de aansprakelijkheid.[164] Onredelijk bezwarend zijn onder andere een beperking van de aansprakelijkheid tot de nakoming van de garantieverplichtingen, uitsluiting van elke aansprakelijkheid voor te laat geleverde diensten, en beperking van de wettelijke aansprakelijkheid tot de aankoopprijs respectievelijk de contractuele aansprakelijkheid tot 125% van de aankoopprijs.

Bij de beoordeling van exoneraties tegenover consumenten geldt als belangrijke overweging dat niet kan worden gezegd dat de contractsvrijheid altijd een reële betekenis toekomt.[165] Naarmate de contractsvrijheid tussen partijen minder reële betekenis heeft, zal in meerdere mate gelden dat exoneratiebedingen slechts redelijk zijn als er een ratio voor de afwijking van de wettelijke risicotoedeling aanwijsbaar is.[166] Een risico kan zo omvangrijk zijn voor een ISP dat het een bedreiging voor de continuïteit van de bedrijfsvoering van de ISP vormt. Een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid zou dan redelijk kunnen zijn. Daarbij moet worden gelet op de omvang van het risico en de mogelijkheden van de ISP om dit risico te dragen. Een exoneratiebeding mag echter geen vrijbrief zijn om iedere vorm van aansprakelijkheid zonder meer af te wentelen. De omvang van de te aanvaarden aansprakelijkheid dient in een redelijke verhouding te staan tot de mogelijke schade. Een ISP kan zijn aansprakelijkheid niet beperken of uitsluiten ten aanzien van het niet nakomen van de hoofdverplichtingen – access, hosting, extra value dan wel content – die hij op zich neemt.[167]

Het feit dat een defect tot schade kan leiden die in geen verhouding staat tot de waarde van de geleverde dienst speelt ook een rol bij de redelijkheidstoetsing van exoneratiebedingen.[168] Daarbij is tevens van belang of de aansprakelijkheid wordt beperkt tot een redelijk deel dan wel een fractie van de

---

164 Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT1762, r.o. 48-62 en 77; *TvC* 2005/4, p. 150-157, m.nt. 1. M.Y. Schaub en m.nt. 2 M.B.M. Loos; *Computerrecht* 2005, p. 266-285, m.nt. R.J.J. Westerdijk (HCC/Dell).

165 HR 15 december 1995, *NJ* 1996, 319 (Heeren/Mertens). In deze zaak had het hof de contractsvrijheid in zijn argumentatie een belangrijke plaats gegeven, door te oordelen dat de omvang van de exoneratie, de verhouding van Mertens (exonerant) tot zijn leverancier en het gebrek aan deskundigheid bij Heeren (een consument) er niet aan in de weg stond dat partijen een dergelijke bepaling overeenkomen. De Hoge Raad blijkt van oordeel dat de contractsvrijheid geen argument is om de omstandigheden van het geval buiten beschouwing te laten want hij oordeelt dat het hof alle door Heeren aangeroepen (in beginsel relevante) omstandigheden in aanmerking had moeten nemen.

166 Wessels & Jongeneel 1997, p. 191.

167 Zie bijvoorbeeld Ktg. Rotterdam 6 december 1996 en 4 april 1997, *PRG* 1997, 4776.

168 HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 71 (Van Kleef/Monster).

te verwachten schade.[169] De ISP loopt bij de uitvoering van de overeenkomst risico's die in een wanverhouding kunnen staan tot de beloning voor de verleende dienst.[170] De ISP biedt zijn diensten aan, waarvan het publiek graag gebruik maakt, maar zodra er door een fout van de ISP of diens personeel tijdens de uitvoering van de overeenkomst schade wordt veroorzaakt, kan een consequente toepassing van de wettelijke aansprakelijkheidsregels de ISP in financiële moeilijkheden brengen. Bijvoorbeeld wanneer de ISP al zijn klanten telkens een bepaald bedrag moet uitkeren bij schade. De ISP is dan genoodzaakt om zijn toevlucht te nemen tot het exoneratiebeding.

Mogelijkheden voor verzekering worden ook wel genoemd voor toelaatbaarheid van exoneraties.[171] Niet ondenkbaar is dat de schade die is veroorzaakt door bijvoorbeeld fouten of vergissingen van een ISP onder de dekking van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering kan vallen. De praktische mogelijkheden van ISP's om zich te verzekeren tegen aansprakelijkheid zullen echter gering zijn omdat de ontstane schade moeilijk is te voorzien. De vraag of het risico had kunnen worden verzekerd, op wiens weg dat had gelegen en wat de kosten daarvan zijn, speelt een rol.[172] Exoneratie is volgens Rijken niet toelaatbaar indien verzekering op aanvaardbare wijze mogelijk is.[173] De noodzaak om een exoneratie te hanteren ontbreekt dan. Duyvensz is een voorstander om bij verzekeringsmogelijkheden te kijken naar de partij die zich het goedkoopst kan verzekeren.[174] Indien kan worden vastgesteld tegen welke aanspraken de verzekering een dekking biedt, kan de ISP een exoneratiebeding opstellen voor overige risico's.

Een andere overweging die mee kan spelen bij de beoordeling van exoneratiebedingen is of het gebruikelijk is in de internetbranche om aansprakelijkheid uit te sluiten. De gebruikelijkheid op zich zal echter onvoldoende rechtvaardiging opleveren, omdat het feit dat uitsluiting van aansprakelijkheid gebruikelijk is niets zegt over de vraag of het ook zo behoort te zijn. De gebruikelijkheid kan daarom slechts als aanvullende reden worden genoemd. Daarnaast speelden de gelijkwaardigheid van partijen en hun bekendheid met het gebruik van standaard exoneratiebedingen een rol in het arrest Matatag/De Schelde[175] waarin een exoneratiebeding houdbaar werd geacht. Vergelijkbare omstandigheden golden bij het arrest Van Dijk/Citibank, waarin een zelfde conclusie is getrokken.[176]

---

169 HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 71 (Van Kleef/Monster) en HR 8 maart 1991, *NJ* 1991, 396 (Staalgrit).
170 Zie HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102 m.nt. GJS (Fokker/Zentveld).
171 Zie HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585. In de Consumentenbond/EnergieNed en Vewin zaak werd het beroep op verzekerbaarheid afgewezen.
172 *Parl. Gesch.* Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1734.
173 Rijken 1983, p. 53.
174 Duyvensz 2003, p. 228.
175 HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389 m.nt. CJHB (Matatag/De Schelde).
176 HR 16 februari 1996, *NJ* 1996, 394 (Van Dijk/Citibank).

Theoretisch gezien is een beroep op overmacht bij een inspanningsverbintenis ondenkbaar. Indien de debiteur blijk heeft gegeven van het aanwenden van voldoende zorg bij het nakomen van zijn contractuele verplichtingen, dan is het niet van belang waarom een eindresultaat niet werd bereikt. Zijn inspanning heeft hem al bevrijd.[177] Op grond van de artt. 6:76 en 77 BW komen de door de ISP gebruikte hulppersonen en hulpzaken voor zijn risico. Een ISP zal zich dus in beginsel niet kunnen verschuilen achter ongewenst gedrag van werknemers of leveranciers of de gebrekkigheid van kabels, software of andere hulpmiddelen.

6.3.1.4 Toetsingscriteria exoneratiebeding

Hieronder volgt een niet-limitatieve opsomming van omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van exoneratiebedingen.[178] De omstandigheden hangen nauw met elkaar samen en overlappen elkaar hier en daar en ook beïnvloedt de ene omstandigheid de andere. De verschillende omstandigheden dienen daarom gezamenlijk te worden beschouwd. Een exoneratiebeding in een ISP-overeenkomst dient aan de volgende criteria te worden getoetst om de toelaatbaarheid van het beding dan wel de toelaatbaarheid van een beroep op het exoneratiebeding te kunnen beoordelen:[179]

- betreft het een kernbeding;
- is er sprake van een B2C of B2B relatie;[180]
- staat het beding op zwarte of grijze lijst (artt. 6:236 sub h en 6:237 sub b en f BW);
- heeft het beding betrekking op een inspanningsverplichting of resultaatsverplichting;
- speelt de marktpositie van de ISP een rol;
- heeft het beding betrekking op gedragscodes;
- is het beding voldoende duidelijk geformuleerd;
- op welke wijze zijn de algemene voorwaarden tot stand gekomen;
- wat zijn de wederzijds kenbare belangen bij het beding?
- Vervolgens dient te worden getoetst of de volgende omstandigheden een rol spelen:
  - Ten eerste omstandigheden betreffende de aansprakelijkheid:
    - is er sprake van een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid of van een beperkte uitsluiting;

177 Den Tonkelaar 1982, p. 50.

178 Rijken heeft in zijn proefschrift een analyse gemaakt van de omstandigheden waarvan het afhangt of een beroep op een exoneratieclausule vrijstaat, welke hebben bijgedragen aan de door mij opgestelde toetsingscriteria. Zie Rijken 1983.

179 Zie ook hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.7 'Criteria inhoud algemene voorwaarden ISP-overeenkomsten'.

180 In dit onderzoek wordt alleen ingegaan op B2C relaties.

  - heeft de aansprakelijkheid betrekking op wanprestatie, onrechtmatige daad of beide;
  - holt het exoneratiebeding de hoofdverplichtingen uit;
  - wordt aansprakelijkheid beperkt tot een redelijk deel dan wel een fractie van de te verwachten schade;
  - is er sprake van een maximum schadebedrag of een vervangende prestatie (herstelkosten);
  - wat blijft over van de wettelijke schadevergoedingsplicht;
  - wat is de aard van de schade die wordt uitgesloten;
  - welke oorzaak ligt aan de schade ten grondslag;
  - hebben zich veranderingen in de omstandigheden voorgedaan sinds de totstandkoming van de ISP-overeenkomst;
  - is uitsluiting van aansprakelijkheid gebruikelijk;
  - is er sprake van een reddend of glijbeding;
  - wat zijn de vereisten voor de vestiging van aansprakelijkheid;
  - wat is de zwaarte van de schuld?
- Ten tweede omstandigheden betreffende de zwaarte van de schuld:
  - weet de ISP dat zijn prestatie gebrekkig is;
  - heeft een defect tot schade geleden die in geen verhouding staat tot de waarde van de door de ISP geleverde dienst;
  - wat is de reden van opneming van het exoneratiebeding;
  - wat is het verwachtingspatroon van de klant en welke toezeggingen heeft de ISP gedaan;
  - wat is de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen;
  - welk gedrag hebben ISP en klant vertoont bij de uitvoering van de overeenkomst;
  - wat zijn de houding en gedragingen van de ISP die zich op de exoneratie beroept;
  - wat is de mate van onzorgvuldigheid;
  - wat is de aard en ernst van de betrokken belangen?
- Ten derde overige omstandigheden:
  - wat zijn de mogelijkheden van verzekering;
  - wat is de stand der techniek;
  - welke overige omstandigheden van het geval kunnen nog een rol spelen?

Het is duidelijk dat de contractsvrijheid van een ISP wordt beïnvloed door deze factoren. In de volgende paragraaf worden de wettelijke grenzen met betrekking tot het gebruik van exoneratiebedingen tegenover consumenten besproken en de door ISP's gehanteerde exoneratiebedingen beoordeeld.

6.3.2 Exoneratiebedingen in de praktijk

In deze paragraaf worden aan de hand van de aansprakelijkheidspositie van de ISP die in paragraaf 6.2.3 is onderzocht, de door de ISP's gehanteerde exoneratiebedingen inhoudelijk getoetst. Per functie worden de mogelijkheden van beperking en uitsluiting van aansprakelijkheid bezien. Onderzocht wordt of de door de ISP's gehanteerde exoneratiebedingen leiden tot redelijke en evenwichtige contractuele verhoudingen tussen ISP's en hun klanten. De toetsing vindt plaats ten aanzien van de tekst van de algemene voorwaarden van de vijftien onderzochte ISP's die ik in de bijlage heb beschreven.[181] Bij de toetsing worden alleen die criteria besproken die een rol spelen bij de beoordeling van het betreffende beding. Het uitgangspunt is de B2C markt, ik richt mij op de consument als klant van de ISP. Daarbij ga ik er ook van uit dat de algemene voorwaarden eenzijdig door de ISP zijn opgesteld. De criteria of er sprake is van een B2C of B2B relatie en op welke wijze de algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen spelen in onderstaande beschrijvingen dus geen rol meer.

Eerst onderzoek ik de vrijwaringsbedingen omdat dit 'zwarte' bedingen zijn. Vervolgens ga ik in op de exoneratiebedingen en de overmachtbedingen die vallen onder sub f van de grijze lijst. De prestatiebeperkingsbedingen zijn al in hoofdstuk 4 behandeld.[182] Bij het onderzoek behandel ik eerst de bedingen die betrekking hebben op alle of meerdere functies, vervolgens de bedingen die specifiek betrekking hebben op de functies access, hosting, extra value dan wel content. Tot slot volgen de bedingen die betrekking hebben op de aansprakelijkheidspositie van de klant.

6.3.2.1 Vrijwaringsbeding: art. 6:236 sub h BW

De ISP kan een door hem overeengekomen exoneratiebeding in beginsel slechts aan zijn wederpartij tegenwerpen. Wanneer de ISP in een beding in zijn algemene voorwaarden bepaalt dat wanneer de ISP bij de uitvoering van de overeenkomst tussen ISP en klant schade berokkent aan een derde de klant de aansprakelijkheid 'overneemt' – dat wil zeggen deze moet de schade vergoeden aan die derde – is sprake van een vrijwaringsbeding. De klant vrijwaart dan zijn ISP.

Tevens is sprake van een vrijwaringsbeding wanneer de ISP in een beding in zijn algemene voorwaarden bepaalt dat wanneer de klant bij gebruikmaking van de diensten voortvloeiend uit de ISP-overeenkomst schade berokkent aan een derde, of wanneer een derde schade berokkent aan de klant, de ISP gevrijwaard is van aansprakelijkheid. Het gevaar is aanwezig dat de klant van de ISP schade toebrengt aan derden en de ISP ter zake wordt aangesproken. Op

181 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.
182 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.2.2 'Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking)'.

grond van het vrijwaringsbeding draait de ISP dan niet op voor de gevolgen van de aansprakelijkheid van de klant ten opzichte van de derde. Bijvoorbeeld wanneer de klant op zijn website auteursrechtinbreuk maakt en zijn ISP daarvoor wordt aangesproken.

Niet zelden gaat het bij vrijwaring – evenals bij exoneratie – om een verhouding van ongelijkwaardige partijen. Het ligt daarom voor de hand om bij de beoordeling van de geldigheid van vrijwaringsbedingen, respectievelijk de geldigheid van een beroep daarop, aansluiting te zoeken bij het oordeel daarover ten aanzien van exoneratiebedingen in het algemeen.[183] Dat is ook de reden waarom ik vrijwaringsbedingen in dit hoofdstuk samen met exoneratiebedingen bespreek. Iedere ISP die zich met de mogelijkheid geconfronteerd ziet dat bij de uitvoering van de overeenkomst aan derden schade wordt toegebracht, heeft belang bij een vrijwaringsbeding.

Een aantal van de algemene voorwaarden die ISP's hanteren bevat in verband met de aansprakelijkheid een vrijwaringsbeding. Hier wordt aan de hand van art. 6:236 sub h BW onderzocht in hoeverre de door de ISP's gehanteerde vrijwaringsbedingen niet onredelijk bezwarend zijn. In overeenkomsten met een consument wordt op grond van art. 6:236 sub h BW als onredelijk bezwarend aangemerkt een beding in algemene voorwaarden dat voor het geval bij de uitvoering van de overeenkomst schade aan een derde wordt toegebracht door de ISP of door een persoon of zaak waarvoor deze aansprakelijk is, de klant verplicht deze schade hetzij aan de derde te vergoeden, hetzij in haar verhouding tot de ISP voor een groter deel te dragen dan waartoe zij volgens de wet verplicht zou zijn. De ratio om dit beding 'zwart' te maken is dat de schade '…geheel ligt in de sfeer van de gebruiker'.[184] Ligt de schade echter niet geheel in de sfeer van de ISP – dat is het geval wanneer de schade wordt veroorzaakt door de klant – dan hoeft een vrijwaringsbeding niet onredelijk bezwarend te zijn.

Alle of meerdere functies: vrijwaring voor schade ontstaan door gebruik door klant
ISP's vrijwaren zich voor het gebruik van de dienst(en) en/of het internet door de klant. Het kan daarbij gaan om misbruik of verkeerd gebruik. In geval van misbruik is sprake van opzet. Er is sprake van een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid, wanneer de ISP's zich vrijwaren voor elke schade ontstaan bij derden door misbruik of verkeerd gebruik van de klant. De bedingen zijn zodoende niet specifiek van toepassing op een bepaalde functie die de ISP uitoefent, maar zullen betrekking hebben op de functies access en hosting. Met 'schadeloos stellen' van de ISP wordt hetzelfde bedoeld als met vrijwaren. De reden van opneming van het vrijwaringsbeding zal zijn gelegen in het feit dat de ISP's geen verantwoordelijkheid willen dragen voor misbruik of verkeerd gebruik van hun klanten waarbij schade ontstaat aan derden. De klant kan

183 Kortmann 1988, p. 1219.
184 *Parl. Gesch.* Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1700.

dat ook verwachten, er is daarom geen sprake van een verrassingsbeding. De oorzaak die aan de schade ten grondslag ligt die in deze bedingen wordt uitgesloten, ligt geheel aan de zijde van de klant. De mate van onzorgvuldigheid van de klant speelt daarbij een rol. De vrijwaringsbedingen die ISP's hanteren zijn daarom redelijk wanneer de bedingen betrekking hebben op schade die is ontstaan bij derden door het gebruik van de klant.

XS4ALL heeft bijvoorbeeld in art. 5 lid 3 van haar algemene voorwaarden een vrijwaringsbeding opgenomen. Tien andere onderzochte ISP's hebben een vergelijkbaar vrijwaringsbeding opgenomen.[185] Door het aanvaarden van de algemene voorwaarden vrijwaart de klant XS4ALL tegen alle aanspraken van derden terzake van schade of anderszins, op enigerlei wijze ontstaan door het gebruik van de klant van de account, het systeem of internet, dan wel door het niet nakomen van de klant van zijn of haar verplichtingen uit de overeenkomst of de algemene voorwaarden. De leverancier dient de noodzaak tot vrijwaring aan te tonen en aan te geven waarom hij het beding hanteert wanneer hij er zich op beroept. Onderwerp van het beding is het gebruik van de klant van de account, het systeem of het internet. Voor het gebruik van zijn account kan een klant niet altijd aansprakelijk worden gehouden, dat zal van de omstandigheden van het geval afhangen. Virussen kunnen een account van een klant zodanig aantasten dat het mogelijk is zonder dat een klant hier wetenschap van heeft, via de account van de klant bijvoorbeeld spam te verspreiden of andere inbreuken te maken. Een beroep op een vrijwaringsbeding zal dan niet altijd redelijk zijn. Het vrijwaringsbeding dat XS4ALL hanteert is niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub h BW omdat het niet gaat om schade toegebracht door de ISP maar het schade betreft die is toegebracht door de klant en is ontstaan door het gebruik dat de klant van de hem geleverde dienst maakt.

Alle of meerdere functies: vrijwaring voor schade ontstaan doordat klant niet voldoet aan zijn verplichtingen

Deze categorie onderscheidt zich van de vorige categorie omdat niet het gebruik door de klant als zodanig centraal staat, maar het feit dat de klant niet voldoet aan de verplichtingen die betrekking hebben op de functies access (denk aan misbruik van de log-in- en account-gegevens) en hosting (denk aan onrechtmatige informatie). Het betreft hier schade die ligt in de sfeer van de klant, zodoende zijn de bedingen niet onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub h BW.

De reden dat bijvoorbeeld XS4ALL een dergelijk vrijwaringsbeding in art. 5 lid 3 van haar algemene voorwaarden heeft opgenomen zal zijn gelegen in het feit dat een klant zich kan misdragen en XS4ALL hiervoor niet aansprakelijk wil worden gesteld door derden. Van een klant kan worden verwacht dat hij voldoet aan de door de ISP opgelegde verplichtingen. De mate van onzorgvul-

185 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.

digheid van de klant speelt bij het oordeel over het onredelijk bezwarend zijn een rol. Het betreft hier een algehele vrijwaring, de klant vrijwaart XS4ALL tegen alle aanspraken. Hier is sprake van een redelijk vrijwaringsbeding.

Hosting: vrijwaring voor schade ontstaan door inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van derden door klant waarvoor de ISP kan worden aangesproken
Op de website van de klant die bij de ISP wordt gehost, kan de klant inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten van derden.[186] Wanneer een ISP de diensten nieuwsgroep, chat en e-mail aanbiedt kan een klant ook met behulp van deze diensten inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten. Een ISP wenst hiervoor niet aansprakelijk te worden gesteld en hanteert daarom een vrijwaringsbeding. Er kan inbreuk worden gemaakt door de klant, dan wel door middel van de klant. Indien de klant inbreuk maakt op intellectuele eigendomsrechten van derden ligt de ontstane schade geheel in de sfeer van de klant. Een klant hoeft zich echter niet altijd bewust te zijn van het feit dat hij inbreuk maakt. Voorlichting door de ISP speelt hier daarom een rol. De wederzijds kenbare belangen bij het beding zijn duidelijk. Hier is sprake van redelijke vrijwaringsbedingen.

Hosting: vrijwaring voor schade ontstaan door informatie en activiteiten op website klant
De klant is informatieverschaffer en hij mag geen onrechtmatige activiteiten ontplooien op zijn website, zoals een illegale goksite exploiteren of digitale kinderporno te koop aanbieden. Planet heeft bijvoorbeeld in art. 10 lid 5 van haar algemene voorwaarden een vrijwaringsbeding opgenomen met betrekking tot aansprakelijkheid ten aanzien van een homepage van een klant.[187] Dit beding heeft betrekking op de functie hosting en is specifiek van toepassing op de dienst website. Het gedrag van de klant bij de uitvoering van de overeenkomst speelt een rol bij de beoordeling van deze bedingen. Een klant mag ook niet verwachten dat hij dergelijke informatie via zijn website mag verspreiden. De aard en ernst van de betrokken belangen kunnen groot zijn gezien de gegeven voorbeelden. Hier is sprake van redelijke vrijwaringsbedingen omdat de ontstane schade geheel in de sfeer van de klant zal liggen.

Hosting: vrijwaring voor schade ontstaan door e-mail-adres
In art. 9 lid 8 heeft Planet bijvoorbeeld een vrijwaringsbeding opgenomen met betrekking tot aansprakelijkheid en e-mail.[188] Dergelijke bedingen hebben betrekking op het gedrag van de klant. Het is de verantwoordelijkheid van

186 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel J. Intellectuele eigendomsrechten.
187 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Homepage'.
188 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'E-mail'.

de klant er voor zorg te dragen dat het e-mail-adres geen namen, begrippen of tekens bevat die onrechtmatig zijn, of die klachten genereren. De bedingen kunnen zowel betrekking hebben op wanprestatie van de klant als op een onrechtmatige daad. De mate van onzorgvuldigheid aan de kant van de klant zal een rol spelen evenals de aard en ernst van de betrokken belangen. Ook hier is sprake van redelijke vrijwaringsbedingen omdat de ontstane schade geheel in de sfeer van de klant zal liggen.

Extra value: vrijwaring voor schade ontstaan door gebruik van domeinnaam
Een NL-domeinnaam kan alleen worden aangevraagd via een Nederlandse ISP. Bij iedere geregistreerde NL-domeinnaam is dus een Nederlandse ISP betrokken. De ISP's laten personen die via hen een domeinnaam aanvragen vrijwel altijd een vrijwaringsverklaring tekenen, waarin onder meer staat dat de domeinnaam geen inbreuk maakt op rechten van anderen. Een vrijwaringsverklaring is echter alleen van belang voor de relatie van de betrokkenen onderling, hier de ISP en de klant die een domeinnaam aanvraagt. Een derde, bijvoorbeeld de merkhouder op wiens merk door de aangevraagde domeinnaam inbreuk wordt gemaakt, heeft geen enkele boodschap aan het vrijwaringsbeding. Het vrijwaringsbeding in art. 11 sub d van Vuurwerk heeft bijvoorbeeld betrekking op de functie extra value, de registratie en het gebruik van een domeinnaam.[189] Het beding heeft betrekking op het gedrag van de klant, hij dient zorgvuldig met een hem door zijn ISP verschafte domeinnaam om te gaan. De wederzijds kenbare belangen bij het beding zijn dat de klant wil beschikken over een domeinnaam terwijl de ISP wil dat de klant zorgvuldig met de domeinnaam omgaat. Een klant mag dit ook verwachten. De schade ligt in de sfeer van de klant, zodoende is sprake van redelijke vrijwaringsbedingen.

Content: vrijwaring in questionnaire
Sommige ISP's hanteren een meldingsformulier waarop een verzoeker (klager) met behulp van een questionnaire (vragenlijst) kan aangeven waarom door de ISP gehoste informatie volgens hem onrechtmatig is en geblokkeerd moet worden. De questionnaire is raadpleegbaar via de portal-site.[190] Onder aan de vragenlijst die XS4ALL hanteert, is een vrijwaringsbeding opgenomen waarin de verzoeker XS4ALL vrijwaart voor elke aansprakelijkheid jegens derden.[191] Er is hier sprake van een vrijwaringsbeding waarin XS4ALL bepaalt dat wanneer door de blokkering van de informatie schade wordt veroorzaakt aan de klant van XS4ALL, dan wel aan een derde, de aansprakelijkheid van de ISP jegens de klant dan wel derde kan worden 'doorgeschoven' naar de verzoeker. Het

189 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Domeinnaam/IP-adres'.
190 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel M. Klachtenregeling en helpdesk.
191 Planet heeft in haar vragenlijst hetzelfde vrijwaringsbeding opgenomen als XS4ALL.

beding heeft betrekking op de functie hosting en de internetdiensten website, nieuwsgroep, chat en e-mail waarbij de klant de rol van informatieverschaffer vervult. Een verzoek tot blokkering van informatie zal betrekking hebben op informatie die van de klant afkomstig is. XS4ALL verplicht zich tegenover haar klanten tot beschikbaarheid, authenticiteit, integriteit en vertrouwelijkheid met betrekking tot de hosting internetdiensten. Wanneer XS4ALL rechtmatige informatie van haar klant op verzoek blokkeert, pleegt zij wanprestatie tegenover haar klant. Wanneer het verzoek tot blokkering betrekking heeft op informatie van een klant die daadwerkelijk onrechtmatig dan wel strafbaar is en XS4ALL tot blokkering overgaat, zal de klant geen schade lijden waarvoor XS4ALL aansprakelijk kan zijn. De ontstane schade ligt dan in de sfeer van de klant. Wanneer het verzoek tot blokkering echter betrekking heeft op informatie van een klant waarvan niet duidelijk is of deze onrechtmatig dan wel strafbaar is en XS4ALL toch overgaat tot blokkering hoeft de ontstane schade niet in de sfeer van de klant te zijn gelegen. Het vrijwaringsbeding dat de ISP hanteert in de questionnaire tegenover de verzoeker brengt dan met zich mee dat de ISP de aansprakelijkheid kan doorschuiven naar de verzoeker. Een dergelijk vrijwaringsbeding is niet onredelijk bezwarend omdat een verzoek tot blokkering niet te lichtvaardig moet worden ingediend en een ISP niet te lichtvaardig tot blokkering van informatie zal overgaan.

Aansprakelijkheidspositie klant: vrijwaring voor schade ontstaan door ter beschikking gestelde software van ISP

Casema heeft in art. 7 lid 3 een vrijwaringsbeding opgenomen waarin de klant wordt beschermd tegen eventuele aanspraken van derden ter zake van rechten op de ter beschikking gestelde programmatuur (ISP software licenties).[192] Opmerkelijk in dit beding is dat de klant wordt gevrijwaard door de ISP. De klant moet wel aan bepaalde voorwaarden voldoen: de ISP informeren en de verdere behandeling aan hem overlaten. Ook mag de klant geen wijzigingen hebben aangebracht in de werken. Hier is sprake van bescherming van een klant tegen aanspraken van derden. Het beding verleent de klant voordeel en heeft betrekking op de functie access.

6.3.2.2 Exoneratiebeding: art. 6:237 sub f BW

Een exoneratiebeding staat als onderdeel van algemene voorwaarden die ten opzichte van consumenten worden gehanteerd op de grijze lijst en wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn tegenover consumenten. De bepaling in art. 6:237 sub f BW is ruim geformuleerd, zij betreft ieder beding dat ten nadele van de consument afwijkt van de wettelijke bepalingen over de verplichting tot schadevergoeding. Afdeling 6.1.10 geeft voor wettelijke verbintenissen tot schadevergoeding nadere regels ter vaststelling van de omvang van

192 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel J. Intellectuele eigendomsrechten.

de schadevergoedingsverbintenis. De wettelijke bepalingen over de verplichting tot vergoeding van schade mogen volgens de MvT worden beschouwd als regels die een redelijke verdeling van risico's tussen ondernemers en consumenten bewerkstelligen.[193] Een afwijking van deze regels wordt daarom vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Contractuele afwijking van de genoemde wettelijke regelingen door middel van een exoneratiebeding heeft men echter niet volledig willen verbieden. Daarom is het exoneratiebeding niet op de zwarte maar op de grijze lijst geplaatst. Het is steeds aan de ISP om aan te tonen dat het beding gerechtvaardigd is en de regels ter vaststelling van de schadevergoedingsverbintenis in het gegeven geval niet tot behoorlijke resultaten leiden.

Art. 6:237 sub f BW moet in samenhang met de artt. 6:237 sub b-d BW worden bezien, die zich keren tegen bedingen die de primaire verplichtingen van de gebruiker te sterk beperken. Vooral art. 6:237 sub b BW is daarbij interessant. Art. 6:237 sub b BW heeft in de eerste plaats betrekking op de hoofdverplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien.[194] Exoneratiebedingen die de nadere regeling betreffen van een secundaire schadevergoedingsverplichting wegens niet-nakoming van een primaire rechtsplicht moeten worden onderscheiden van contractuele bedingen die de primaire rechtsplicht nader regelen.[195] In de praktijk is het echter niet altijd duidelijk of men met een precisering van de primaire rechtsplicht dan wel met een exoneratie van de verplichting tot schadevergoeding te maken heeft. Indien art. 6:237 sub b BW er niet zou zijn, zou de omvang van de verplichtingen van de gebruiker zodanig kunnen worden beperkt dat een gebrekkige nakoming geen tekortkoming oplevert, zodat de wederpartij geen recht op schadevergoeding of ontbinding heeft. Indien de gebruiker in algemene voorwaarden zijn verplichtingen beperkt, zal dit een beding zijn dat onder art. 6:237 sub b BW valt. Wordt niet de inhoud van de verplichtingen zelf beperkt, maar de aansprakelijkheid bij het niet nakomen van die verplichtingen, dan valt het beding onder art. 6:237 sub f BW.[196]

Alle onderzochte ISP's hanteren exoneratiebedingen. Hier wordt aan de hand van art. 6:237 sub f BW en de toetsingscriteria onderzocht in hoeverre deze door de ISP's gehanteerde exoneratiebedingen niet onredelijk bezwarend zijn.

Alle of meerdere functies: algehele exoneratie

Indien ISP's een algehele exoneratie hebben opgenomen, wordt aansprakelijkheid geheel uitgesloten. 'Niet aansprakelijk' duidt op een algehele uitsluiting

193 *Parl. Gesch.* Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1733-1737.
194 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.2.2 'Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking)'.
195 Jongeneel 1991, p. 252.
196 Wessels & Jongeneel 1997, p. 175.

van aansprakelijkheid. Alles exonereren met uitzondering van opzet en grove schuld wordt vermoed niet onredelijk bezwarend te zijn.

Wij bezien een voorbeeld. In art. 5 lid 1 van de algemene voorwaarden van XS4ALL is sprake van een exoneratiebeding waarin aansprakelijkheid geheel wordt uitgesloten, behalve wanneer er sprake is van opzet of grove schuld van de ISP.[197] Dit beding kan betrekking hebben op zowel access als hosting als extra value als content. XS4ALL spreekt van 'schade in de ruimste zin van de klant'. De oorzaak die aan de schade ten grondslag ligt is een open criterium in het beding. De uitsluiting van aansprakelijkheid kan zowel betrekking hebben op wanprestatie als onrechtmatige daad. Indien zich schade voordoet bij de klant en de ISP zich op het onderhavige beding beroept, dient te worden getoetst wat overblijft van de wettelijke schadevergoedingsplicht om te bepalen of het beding onredelijk bezwarend is op grond van art. 6:237 sub f BW.

Een ISP kan in een beding niet alle aansprakelijkheid uitsluiten 'voorzover de wet het toelaat', 'behoudens aansprakelijkheid volgens de wet' of 'behoudens de gevallen die niet wettelijk kunnen worden uitgesloten'. Bedingen in dergelijke trant worden wel reddende bedingen of glijbedingen genoemd. Deze formuleringen hebben tot gevolg dat een klant niet meer weet waar hij aan toe is, terwijl de ISP geen risico loopt.[198] Art. 6 van de ledenovereenkomst van Compuserve gaat over aansprakelijkheid. De bepalingen 'voorzover dat juridisch mogelijk is' en 'met uitzondering van aansprakelijkheid die wettelijk niet beperkt mag worden' zijn onredelijk bezwarend op grond van strijd met art. 6:237 sub f BW. Op grond van deze bepalingen kan het beding worden gedefinieerd als een glijbeding c.q. reddend beding. 'Niet aansprakelijk' in de volgende zin van het beding duidt ook op uitsluiting van aansprakelijkheid. 'Ongeacht waardoor deze veroorzaakt zijn' duidt er op dat hieronder ook schade veroorzaakt door opzet of grove schuld van Compuserve kan vallen. Dat is onredelijk bezwarend voor de klant. Daarnaast noemt Compuserve enkele voorbeelden waardoor schade kan worden veroorzaakt. Nalatigheid, onachtzaamheid en contractbreuk zijn omstandigheden waarvoor een ISP verantwoordelijkheid draagt en waar een ISP aansprakelijk voor kan worden gesteld. Een klant mag immers verwachten dat zijn ISP niet nalatig en onachtzaam is en geen contractbreuk pleegt. Het uitsluiten van aansprakelijkheid voor deze oorzaken wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW. De bepaling 'of uit iets anders' duidt er op dat Compuserve nergens voor aansprakelijk wil worden gesteld. Opmerkelijk is dat zelfs wanneer het verlies of de schade of de mogelijkheid daartoe voorzienbaar was of wanneer Compuserve ervan op de hoogte is gebracht, aansprakelijkheid is uitgesloten. Vervolgens wordt aansprakelijkheid beperkt tot een maximum

197 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.

198 Uit de Parlementaire Geschiedenis valt af te leiden dat de ruimte voor dergelijke bedingen gering is. Gering staat echter niet gelijk aan onmogelijk. *Parl. Gesch.* Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1570.

bedrag. De aansprakelijkheid van Compuserve zal onder geen enkele omstandigheid het bedrag overschrijden dat de klant nog verschuldigd is met betrekking tot een periode van zes maanden nadat de aansprakelijkheid zou zijn ontstaan. Onduidelijk is in hoeverre in het beding de aansprakelijkheid wordt beperkt tot een redelijk deel dan wel een fractie van de te verwachten schade. Het door Compuserve gehanteerde exoneratiebeding wordt daarom vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW.

Alle of meerdere functies: algehele exoneratie met betrekking tot vestiging van aansprakelijkheid

Sommige ISP's hebben bepalingen opgenomen over de vereisten voor het vestigen van aansprakelijkheid. Zij bepalen dat de klant de schade zo spoedig mogelijk na het ontstaan, doch uiterlijk binnen dertig dagen dient te melden, tenzij de klant kenbaar maakt dat hij daartoe niet in staat was. Het vormvereiste van de melding is schriftelijk. Deze eis komt niet onredelijk voor. De vraag is echter of een melding bijvoorbeeld ook per e-mail zou kunnen plaatsvinden. Wanneer een ISP geen schriftelijkheid vereist, is een melding per e-mail mijns inziens ook mogelijk.

Planet regelt haar aansprakelijkheid in art. 12 van haar algemene voorwaarden.[199] In lid 1 is een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid opgenomen, terwijl in het tweede lid van het artikel aansprakelijkheid voor opzet en grove schuld niet wordt uitgesloten. In zoverre is sprake van een niet onredelijk beding. Planet bepaalt evenwel in art. 12 lid 2 de vereisten voor vestiging van aansprakelijkheid waarin is vermeld dat schade binnen dertig dagen na ontstaan daarvan door middel van een aangetekend schrijven aan Planet Internet dient te zijn gemeld. Het vormvereiste 'een aangetekend schrijven' is onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub l BW, omdat aangetekende verzending in het belang van de ISP is.[200]

Alle of meerdere functies: exoneratie voor schade ontstaan door gebruik door derden

Diverse ISP's stellen niet aansprakelijk te zijn voor schade die ontstaat doordat een derde het account van de klant gebruikt.[201] De aansprakelijkheid wordt dan niet beperkt tot een redelijk deel dan wel een fractie van de te verwachten schade, maar in zijn geheel uitgesloten. Met derden worden hier personen bedoeld die geen klant zijn van de ISP. De reden van opneming van het exoneratiebeding zal zijn dat de ISP's niet willen dat derden onbevoegd gebruik maken van hun diensten. De ISP draagt alleen verantwoordelijkheid voor zijn klanten. Indien de klant het gebruik van derden op zijn account toelaat is hij daarvoor verantwoordelijk. Dit mag de klant ook verwachten. De wederzijds kenbare belangen bij de bedingen en de reden voor opneming van de bedingen

199 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I . Aansprakelijkheid.
200 Zie hoofdstuk 5 paragraaf 5.2.2.2 'Vorm en werking van verklaringen: art. 6:236 sub l BW'.
201 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.

zijn duidelijk. De bedingen worden niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW.

Alle of meerdere functies: exoneratie voor schade ontstaan omdat de klant niet voldoet aan zijn verplichtingen
Het komt voor dat ISP's in hun algemene voorwaarden stellen dat zij niet aansprakelijk zijn indien de klant zich niet gedraagt conform de door de ISP opgelegde verplichtingen en er daardoor schade ontstaat.[202] Of het beding redelijk is zal afhangen van de inhoud van de verplichtingen die aan de klanten zijn opgelegd.

In art. 6 lid 4 van de algemene voorwaarden van XS4ALL is sprake van:[203]

> 'zonder dat een recht op schadevergoeding van de klant ontstaat.'

Het beding heeft zowel betrekking op de functie access als op hosting en wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat de klant zich niet houdt aan de door de XS4ALL opgelegde verplichtingen en vervolgens op de hoogte wordt gesteld van de ontzegging dan wel beperking en deze pas vijf dagen daarna zal worden geëffectueerd.

Alle of meerdere functies: exoneratie voor schade ontstaan door onvoldoende beveiliging
De meeste ISP's sluiten aansprakelijkheid voor onvoldoende beveiliging en schade die daardoor ontstaat uit.[204] Beveiliging is veelal een samenstel van technische en organisatorische maatregelen. Zowel de ISP als de klant zullen de nodige maatregelen moeten treffen. Wanneer de zorg voor beveiliging onvoldoende is kan een ISP daarvoor aansprakelijk zijn. Absolute beveiliging is niet realiseerbaar, maar ISP's dienen wel in te staan voor een adequate beveiliging. In die zin heeft het beding betrekking op een inspanningsverplichting. De wederzijds kenbare belangen bij het beding zijn duidelijk. De reden van opneming van het exoneratiebeding is gelegen in het feit dat absolute beveiliging onmogelijk is. De maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen brengt met zich mee dat op de ISP de verplichting tot beveiliging rust en hij de klant over een adequate beveiliging dient te informeren. Een eventuele verandering in de omstandigheden sinds de totstandkoming van de ISP-overeenkomst speelt ook een rol. Beveiliging zal steeds up-to-date moeten worden gehouden. Wanneer de ISP's zich inspannen voor een degelijke beveiliging zijn de bedingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar.

---

202 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel H. Verplichtingen van de klant.
203 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel N. Sanctiemogelijkheden.
204 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

In art. 18 lid 7 heeft Chello een prestatiebeperkingsbeding opgenomen.[205] In de laatste zin is sprake van een exoneratiebeding dat betrekking heeft op beveiliging. 'Niet aansprakelijk' duidt op een uitsluiting van aansprakelijkheid, ook in gevallen van opzet of grove schuld aan de kant van de ISP. Het beding wordt daarom vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW. Het beding in art. 16 lid 7 van haar algemene voorwaarden waarin wordt gesteld dat Chello 'niet aansprakelijk is' wordt ook vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW. Chello kan aansprakelijk zijn voor schade ontstaan door het handelen of nalaten van een derde. De klant dient te zorgen voor beveiliging van zijn PC. Op een ISP rust de verantwoordelijkheid om dat aan zijn klant kenbaar te maken en hem zonodig te ondersteunen, bijvoorbeeld door verstrekking van de nieuwste anti-virussoftware.

Alle of meerdere functies: exoneratie voor schade ontstaan omdat ISP niet aan zijn verplichtingen voldoet

Het spreekt voor zich dat een ISP aansprakelijk kan zijn wanneer hij zijn verplichtingen niet nakomt. In art. 6 van haar algemene voorwaarden heeft Planet haar verplichtingen neergelegd.[206] Zij stelt in lid 7 nooit aansprakelijk te zijn voor het niet voldoen aan haar verplichtingen, daarbij maakt zij geen uitzondering voor opzet of grove schuld. Het beding is daarom onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub f BW.

Access: exoneratie voor schade ontstaan door onvoldoende beschikbaarheid

Een ISP neemt bij het uitoefenen van de vier functies inspanningsverplichtingen op zich voorzover het beschikbaarheid (access) betreft.[207] De voortdurende beschikbaarheid is inherent aan een ISP-overeenkomst. De kans op het optreden van een gebrek is daarom groot. In theorie levert een enkele en tijdelijke onderbreking in de beschikbaarheid van een internetdienst al een gebrek in de dienstverlening op. Hierop richt zich dan ook een aantal exoneratiebedingen in ISP-overeenkomsten.[208] Deze bedingen hebben betrekking op storingen in de verbinding. Er is sprake van een storing wanneer een functie niet beschikbaar is. De oorzaak die aan de schade (verlies van data omdat er geen beschikbaarheid was) ten grondslag ligt, is een technische storing, dan wel enig andere interne of externe storing. De formulering is evenwel onduidelijk omdat het niet duidelijk is voor welke soort storing een ISP zich wenst te exonereren. Exoneratie voor elke storing zonder enige specificatie is onredelijk bezwarend. Toch zal het voor een klant kenbaar zijn dat zich een storing kan voordoen. Daar tegenover staat dat een ISP ervan op de hoogte is dat zijn prestatie

205 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.2.2 'Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub a BW (prestatiebeperking)'
206 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.
207 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.5 'Inspanningsverbintenis c.q. resultaatsverbintenis'.
208 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer.

gebrekkig is en er een kans bestaat dat de klant schade wordt toegebracht.[209] De aansprakelijkheid heeft betrekking op niet of niet-tijdige nakoming dan wel niet behoorlijke nakoming. In de exoneratiebedingen is sprake van de vergoeding van herstelkosten c.q. vervangende prestaties wanneer de storing langer duurt dan de in het beding bepaalde periode. De perioden die ISP's hanteren verschillen van veertien uur, tot drie respectievelijk vijf dagen.[210] Wanneer een klant langer dan een dag geen gebruik kan maken van zijn ISP-account komt dit als onredelijk bezwarend voor en is een vergoeding op zijn plaats. Deze bedingen raken trouwens vaak de kern van de overeenkomst. De vervangende prestaties verschillen van de vergoeding van twee dagen abonnementskosten, tot vergoeding van een evenredig gedeelte van de maandelijkse abonnementskosten. Dit zullen geen aanzienlijke bedragen zijn, en het is aannemelijk dat een klant meer overlast heeft wanneer hij een bepaalde periode geen beschikbaarheid heeft. De bedingen worden daarom in het algemeen vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW.

Zo stelt XS4ALL bijvoorbeeld in art. 5 lid 1 niet aansprakelijk te zijn voor schade als gevolg van onderbrekingen in, of blokkeringen van toegang tot haar systeem of het internet.[211] Een klant mag evenwel beschikbaarheid van het internet en de internetdiensten verwachten wanneer hij een ISP-overeenkomst sluit. Beschikbaarheid is een noodzakelijke voorwaarde voor een ISP-overeenkomst. Beschikbaarheid van het systeem en beschikbaarheid van het internet moeten wij evenwel van elkaar onderscheiden. Voor beschikbaarheid van zijn systeem draagt een ISP volledige verantwoordelijkheid. Beschikbaarheid van het internet kan nooit voor honderd procent worden gegarandeerd omdat de ISP hiervoor afhankelijk is van derden.[212] Het uitsluiten van aansprakelijkheid voor beschikbaarheid van het internet is daarom tot op zekere hoogte redelijk. Door ook aansprakelijkheid voor beschikbaarheid van zijn systeem uit te sluiten beperkt een ISP zijn prestatieplicht in vergaande mate. De bedingen worden daarom niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn voorzover het beschikbaarheid van het internet betreft. Met betrekking tot beschikbaarheid van zijn systeem mist een exoneratiebeding toepassing ten opzichte van de klant. De bedingen worden daarom in ieder geval vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW.

In lid 1 en lid 6 van art. 9 van de algemene voorwaarden van Chello is sprake van prestatiebeperkingsbedingen.[213] Lid 5 en lid 6 hebben betrekking

---

209 HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 m.nt. GJS (Pseudo-vogelpest).

210 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer.

211 Zie ook algemene voorwaarden art. 15 Vuurwerk, art. 12 Het Net, art. 11 @Home, art. 12 Demon, art. 9 Freeler, art. 10 HCCnet, art. 16 Tiscali, art. 18 Chello, art. 14 Casema, art. 6 Compuserve en art. 9 EuroNet.

212 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.3.2.5 'Inspanningsverbintenis c.q. resultaatsverbintenis'.

213 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.2.2 'Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking)'.

op de functie access. In deze beide bedingen is sprake van een uitsluiting van aansprakelijkheid. In lid 5 wordt zowel directe als indirecte schade uitgesloten. Voor schade ontstaan door opzet dan wel grove schuld heeft Chello geen uitzondering gemaakt, zodat de bedingen worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW.

Access: exoneratie voor schade die het gevolg is van wijzigingen
De bedingen in de artt. 5 lid 1 en 9 lid 2 van XS4ALL hebben betrekking op de functie access omdat de klant met behulp van een wachtwoord, gebruikersnaam, log-in-procedure etcetera toegang tot het internet kan verkrijgen.[214] Zoals gezegd is beschikbaarheid een noodzakelijke voorwaarde voor een ISP-overeenkomst. Indien een ISP inbelnummers, log-in-procedure, het klantaccount, de gebruikersnaam en/of het wachtwoord wijzigt en zijn klant hiervan niet op de hoogte stelt, is er sprake van wanprestatie. Vuurwerk bepaalt in art. 15 onder e van haar algemene voorwaarden bijvoorbeeld dat zij gerechtigd is wijzigingen aan te brengen maar vermeld daarbij niet of en hoe de klant op de hoogte wordt gesteld van de wijzigingen.[215] Op grond van de wijzigingen heeft een klant geen beschikbaarheid meer tot het systeem van zijn ISP en tot het internet. Indien de klant daardoor schade leidt kan hij zijn ISP aansprakelijk stellen.[216] De ISP dient zijn klanten daarom tijdig en duidelijk de betreffende wijzigingen mede te delen om zo aansprakelijkheid te voorkomen. De wederzijds kenbare belangen bij het beding zijn dat de klant mag verwachten dat hij gebruik kan maken van de dienst internettoegang en dat de ISP beschikbaarheid verleent. Daarnaast kan de ISP in een exoneratiebeding de door deze aansprakelijkheid ontstane schade beperken. De reden van opneming van het exoneratiebeding zal zijn gelegen in het feit dat het noodzakelijk is om van tijd tot tijd wijzigingen door te voeren. Verandering in de omstandigheden, en dan vooral de techniek, sinds de totstandkoming van de ISP-overeenkomst brengen dit met zich mee. Wanneer de ISP de wijzigingen tijdig kenbaar maakt aan zijn klanten kan een klant zijn ISP niet meer aansprakelijk stellen. XS4ALL heeft in art. 5 lid 1 een exoneratiebeding opgenomen en een voorbehoud gemaakt in geval van grove schuld of opzet, in art. 9 doet zij dit niet. Het beding neergelegd in art. 9 lid 2 is daarom onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 sub f BW. Het beding neergelegd in art. 5 lid 1 wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

214 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid en onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Beheer'.
215 Zie ook art. 4 lid 4 algemene voorwaarden EuroNet en art. 6 lid 4 algemene voorwaarden Planet.
216 Zie tabel III A: 'Aansprakelijkheidspositie ISP ten aanzien van klanten bij functie access'.

Access: exoneratie voor schade ontstaan door netwerken van derden
De ISP's sluiten aansprakelijkheid uit voor schade veroorzaakt door diensten of netwerken van derden. Het internet bestaat uit netwerken van netwerken. Het is daarom onvermijdelijk dat klanten van een ISP in sommige gevallen gebruik zullen maken van netwerken en diensten van derden. Een klant wil ook dat hij met zijn account gebruik kan maken van diensten en netwerken van derden. De ISP wil echter enkel aansprakelijk zijn voor zijn eigen diensten en netwerken en heeft er daarom belang bij om verdergaande aansprakelijkheid uit te sluiten. De reden van opneming van het betreffende exoneratiebeding is daarom duidelijk. De klant sluit bij ISP's die geen internet via de kabel verlenen naast de ISP-overeenkomst een aparte overeenkomst met een telecommunicatieaanbieder om gebruik te kunnen maken van breedband. Daarbij speelt de ISP geen rol. Het is redelijk dat de ISP voor deze dienst van de telecommunicatieaanbieder niet aansprakelijk is. 'Niet aansprakelijk' en 'op geen enkele wijze aansprakelijk' zoals geformuleerd in art. 7 lid 1 van XS4ALL of art. 3 lid 1 van Planet duiden bijvoorbeeld op uitsluiting van aansprakelijkheid voor schade ontstaan door netwerken van derden.[217]

Access: exoneratie voor schade ontstaan door onderhoud aan het systeem
In de bedingen in art. 9 lid 1 van XS4ALL, art. 2 van Compuserve en art. 6 lid 5 van Planet is sprake van uitsluiting van aansprakelijkheid voor schade ontstaan door onderhoud aan het systeem.[218] De oorzaak van de eventuele schade is hier het redelijkerwijs benodigde onderhoud aan het systeem van de ISP dan wel van aanpassingen of verbeteringen. De bepaling van XS4ALL dat zij gerechtigd is 'zonder voorafgaande bekendmaking' het systeem (tijdelijk) buiten gebruik te stellen of het gebruik ervan te beperken, is opmerkelijk. Indien mogelijk is een voorafgaande bekendmaking aan de klant wenselijk. Het feit dat de ISP bepaalt wanneer redelijkerwijs benodigd onderhoud noodzakelijk is, is een subjectief criterium. Het gevolg daarvan is dat er voor de klant geen recht op schadevergoeding ontstaat. Het beding heeft betrekking op de functie access (beschikbaarheid) en daarmee op een inspanningsverplichting. Een klant mag verwachten dat zijn ISP onderhoud aan zijn systeem verricht om beschikbaarheid mogelijk te maken. De reden van opneming van het exoneratiebeding is gelegen in het feit dat onderhoud noodzakelijk is. De exoneratiebedingen hollen de hoofdverplichtingen uit maar zijn geen prestatiebeperkingsbedingen omdat objectief gezien onderhoud van tijd tot tijd noodzakelijk is om te kunnen blijven presteren. Noodzakelijk onderhoud duidt er op dat opzet en grove schuld van de exoneratiebepaling zijn uitgesloten. De bedingen worden niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van

217 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Diensten van derden'.
218 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Beheer'.

art. 6:237 sub f BW. De bedingen zouden wel onredelijk bezwarend kunnen zijn op grond van art. 6:233 sub a BW wanneer de onderhoudswerkzaamheden niet vooraf bekend worden gemaakt aan de klant.

Access: exoneratie voor schade ontstaan door software
Het beding in art. 4 lid 9 van Chello luidt:

> 'Tijdens de installatie van de voorzieningen en de Chello software zullen bestanden op de PC van de klant worden gekopieerd en zullen systeemsettings en software-configuraties worden aangepast. De klant verklaart zich door het aangaan van de overeenkomst akkoord met dergelijke wijzigingen/aanpassingen. UPC kan niet garanderen dat alle systeemfuncties en programmatuur van de klant na installatie van de software hetzelfde of op correcte wijze zullen functioneren. UPC adviseert de klant om voorafgaand aan de installatie back-ups te maken van alle bestanden. UPC aanvaardt ter zake geen enkele aansprakelijkheid.'

Dit beding heeft betrekking op de functie access omdat het toegangssoftware betreft.[219] De laatste bepaling in het beding is een exoneratiebeding, er is sprake van algehele uitsluiting van aansprakelijkheid. Het beding heeft betrekking op de totstandkoming van de overeenkomst.[220] De software moet op de PC van de klant worden geïnstalleerd voordat de klant gebruik kan maken van de internetdiensten. Chello staat echter niet garant voor de installatie van de software (negatief garantiebeding). De klant krijgt daarom het advies om van zijn bestanden een back-up te maken voordat met de installatie wordt begonnen. Dit advies moet de klant echter uit de algemene voorwaarden opmaken en wordt hem niet uitdrukkelijk gegeven. Aangezien Chello geen enkele aansprakelijkheid aanvaardt en dus ook aansprakelijkheid op grond van opzet en grove schuld uitsluit is sprake van een onredelijk bezwarend beding op grond van art. 6:237 sub f BW.

Access: exoneratie voor schade ontstaan door onvoldoende inbelpunten
De bereikbaarheid van inbelpunten is noodzakelijk om internettoegang te bewerkstelligen, wanneer toegang via de telefoon geschiedt. Op de bereikbaarheid van inbelpunten rust een zekere zorgplicht en verantwoordelijkheid van de ISP. Een klant mag verwachten dat zijn ISP over voldoende inbelpunten beschikt. Een exoneratiebeding voor schade ontstaan door onvoldoende inbelpunten wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW.[221]

219 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel J. Intellectuele eigendomsrechten.
220 Zie hoofdstuk 3 'Totstandkoming ISP-overeenkomsten'.
221 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.

Access: exoneratie voor schade ontstaan door virussen
Wanneer de ISP in zijn algemene voorwaarden aansprakelijkheid uitsluit voor schade op grond van van hem afkomstige virussen, is sprake van een onredelijk bezwarend beding op grond van art. 6:237 sub f BW.[222] Een ISP dient zich immers zo in te spannen dat zijn netwerk verschoond blijft van virussen. Vermeldt hij dat in zijn algemene voorwaarden, dan kan een uitsluiting van aansprakelijkheid voor schade op grond van virussen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar zijn. Een ISP dient alert te zijn met betrekking tot virussen maar kan niet altijd voorkomen dat door virussen schade ontstaat bij zijn klanten. Op de ISP rust daarom een plicht om zijn klanten te informeren over virussen. Voldoet de ISP niet aan deze plicht dan zal hij aansprakelijk kunnen zijn, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen die de ISP zouden ontlasten.

Hosting: exoneratie voor schade ontstaan door onvoldoende beveiliging van door de klant opgeslagen informatie
Op ISP's rust een zekere beveiligingsplicht ten opzichte van de gegevens van de klant in het kader van de vertrouwelijkheid en authenticiteit, aangezien zij fungeren als gastheer voor de opslag van gegevens van hun klanten. Door elke aansprakelijkheid uit te sluiten met betrekking tot beveiliging hollen de ISP's in feite hun prestatieplicht uit. Bij de beoordeling van de bedingen moet in aanmerking worden genomen dat honderd procent beveiliging onmogelijk is. Adequate beveiliging is wel realiseerbaar en mag de klant ook van zijn ISP verwachten. Bij de beoordeling van de bedingen speelt ook een rol of onvoldoende beveiliging heeft geleid tot schade van een zodanige omvang dat deze in geen verhouding staat tot de waarde van de door de ISP geleverde dienst. Hoewel de klant voor een back-up van zijn gegevens dient zorg te dragen, en ook zelf zijn PC en software dient te beveiligen, ligt de beveiliging van de door de klant gehoste gegevens verder in handen van zijn ISP. De ISP kan dan ook aansprakelijk worden gesteld voor de door onvoldoende beveiliging ontstane schade. De door ISP's gehanteerde bedingen worden daarom vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW.

De exoneratiebedingen in art. 5 lid 1 van de algemene voorwaarden van XS4ALL en art. 12 lid 4 van Planet hebben bijvoorbeeld betrekking op onvoldoende beveiliging. Honderd procent beveiliging van de door de klant opgeslagen gegevens op de servers van zijn ISP is niet mogelijk, maar de ISP dient wel een zekere mate van beveiliging met zijn klant overeen te komen. Door te stellen in het geheel niet aansprakelijk te zijn voor schade ontstaan door een gebrek in de beveiliging komen XS4ALL en Planet hun prestatieplicht niet na. De bedingen hebben betrekking op een inspanningsverplichting, want de gegevens van de klant dienen op de server van de ISP beschikbaar te blijven. De reden van opneming van het exoneratiebeding door de ISP kan zijn dat

222 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.

hij geen verantwoordelijkheid wil dragen voor de opslag van gegevens door zijn klanten. Een ISP kan zijn klanten echter eenvoudig informeren om van de gegevens die zij op de ISP-server zetten altijd een back-up te maken op hun eigen computer. Het is daarom van belang na te gaan wat de partijen daaromtrent precies hebben afgesproken. De ISP dient in ieder geval aan te geven waarom hij het exoneratiebeding hanteert. De onderhavige exoneratiebedingen hollen in zekere zin de hoofdverplichtingen van de overeenkomst uit. De bedingen worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW.

Hosting: exoneratie voor schade ontstaan door handelingen van klanten of internetgebruikers

Bij handelingen van andere klanten of internetgebruikers zal het voornamelijk de functie hosting betreffen. Wellicht dat de handelingen ook consequenties kunnen hebben voor het uitoefenen van de functie access die aan hosting ten grondslag ligt. De ISP kan aansprakelijk zijn voor handelingen van klanten indien daardoor schade ontstaat tegenover andere klanten of derden, bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige of strafbare informatie die door een klant wordt gepubliceerd of virussen die door de klant worden verspreid.[223] De ISP dient dan aan de voorwaarden neergelegd in art. 6:196c BW (Aanpassingswet inzake elektronische handel) te voldoen om zich van aansprakelijkheid te kunnen vrijwaren.[224]

Zie bijvoorbeeld art. 5 lid 1 van de algemene voorwaarden van XS4ALL.[225] Het gedrag van zowel de ISP als de klant spelen hierbij een rol. Het beding in art. 5 lid 1 wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW met betrekking tot handelingen van andere klanten van de gebruiker van het beding. Het beding is niet onredelijk bezwarend met betrekking tot handelingen van internetgebruikers die geen klant zijn van XS4ALL.

Hosting: exoneratie voor schade ontstaan door wijzigen e-mail-adres

Wijzigingen in een e-mail-adres van de klant dienen tijdig en duidelijk aan de klant te worden meegedeeld zodat een klant gebruik kan blijven maken van de dienst e-mail. Het Net bepaalt in art. 8 lid 6 van haar algemene voorwaarden dat zij ingeval van wijziging indien mogelijk de klant hierover vooraf zal informeren. Gebeurt dit niet dan kan de klant zijn ISP daarvoor aansprakelijk stellen. XS4ALL stelt bijvoorbeeld in art. 5 lid 1 niet aansprakelijk te zijn voor schade die het gevolg is van het wijzigen van een e-mail-adres wanneer dat door de ISP geschiedt.[226] Dit beding wordt vermoed onredelijk bezwarend

223 Zie tabel IV B.
224 Zie ook paragraaf 6.3.2.1 'Vrijwaringsbeding: art. 6:236 sub h BW'
225 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.
226 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.

te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW. De ISP beperkt dan immers zijn prestatieplicht die inhoudt dat de klant via e-mail bereikbaar is. De schade op grond van de niet-nakoming daarvan kan niet zonder meer worden uitgesloten of beperkt.

Hosting: exoneratie voor schade ontstaan door inbreuk op intellectuele eigendomsrechten door de klant

De hier bedoelde bedingen hebben betrekking op de functie hosting omdat inbreuken op intellectuele eigendomsrechten zullen plaatsvinden in door de klant bij zijn ISP gehoste informatie.[227] De ISP moet aan bepaalde voorwaarden voldoen wil hij zich kunnen vrijwaren van aansprakelijkheid tegenover derden. De wederzijdse belangen bij het beding zijn duidelijk. Een klant mag geen inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten en een ISP wenst niet aansprakelijk te worden gesteld voor inbreuken gemaakt door zijn klanten. De reden van opneming van het exoneratiebeding is ook daarin gelegen. Indien de ISP's voldoen aan de voorwaarden neergelegd in art. 6:196c lid 4 BW zijn de bovengenoemde bedingen redelijk.[228]

Hosting: exoneratie voor schade ontstaan door storing

De oorzaak die bijvoorbeeld in art. 10 lid 4 van Planet aan de ontstane schade ten grondslag ligt, is een technische storing, dan wel enig andere interne of externe storing.[229] Exoneratie voor elke storing is onredelijk bezwarend. 'Nimmer aansprakelijk' duidt op een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid. De hier bedoelde bedingen hebben specifiek betrekking op de dienst website – toegang tot de informatie op de desbetreffende website – en bespreek ik daarom in deze paragraaf. Storing heeft specifiek betrekking op de functie access; acces ligt in dit geval ten grondslag aan de dienst website. Wanneer zich een storing voordoet en daardoor gegevens met betrekking tot de website van de klant verloren gaan stelt Planet daarvoor niet aansprakelijk te zijn. Het zal van de omstandigheden van het geval afhankelijk zijn of de ISP's aansprakelijk zijn voor het verlies van website-data van hun klanten. Wanneer er sprake is van opzet of grove schuld bij de ISP's kunnen zij aansprakelijk worden gesteld. De bedingen worden in zoverre vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW.

---

227 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid en J. Intellectuele eigendomsrechten.

228 Zie tabel IV B: Aansprakelijkheidspositie ISP voor informatie van zijn klanten tegenover andere klanten of derden bij functie hosting.

229 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Homepage'.

Hosting: exoneratie voor schade ontstaan door het ontzeggen dan wel beperken van de toegang van een klant tot zijn website- c.q. e-mail-account
Klant en ISP zijn in de ISP-overeenkomst een hoeveelheid dataverkeer met betrekking tot de dienst website overeengekomen die de klant niet mag overschrijden. Doet de klant dit toch dan kan de ISP maatregelen nemen. De bedingen hebben betrekking op het gedrag van de klant bij gebruikmaking van de dienst website. In de bedingen wordt elke soort schade uitgesloten, waaronder gevolgschade. De oorzaak van de ontstane schade is gelegen in het beperken van het gebruik van de dienst website door de klant. De reden dat de ISP's dit exoneratiebeding in hun algemene voorwaarden hebben opgenomen is dat zij niet aansprakelijk willen zijn voor ontstane schade wanneer zij hun klanten een beperkt gebruik van de dienst opleggen. De bedingen zijn niet onredelijk bezwarend wanneer de opgelegde maatregelen redelijk zijn.[230]

Hosting: exoneratie voor schade ontstaan door het verwijderen van informatie van de klant
Met content wordt in art. 4 van de ledenovereenkomst van Compuserve onder andere bedoeld de content van de klant. Het beding heeft zodoende betrekking op de functie hosting.[231] Compuserve exonereert haar aansprakelijkheid voor schade bij hosting op grond van onrechtmatige c.q. strafbare informatie van de klant. Compuserve kan deze content in bepaalde gevallen verwijderen. Compuserve stelt dan niet aansprakelijk te zijn voor de daardoor optredende schade. Uit de formulering van het beding zou kunnen worden opgemaakt dat het beding ook van toepassing is op de verhouding tussen Compuserve en derden die geen overeenkomst hebben gesloten met Compuserve. Wanneer Compuserve informatie van de klant verwijdert en achteraf blijkt dat de informatie niet onrechtmatig is, kan de klant Compuserve aansprakelijk stellen. Art. 6:196c lid 4 BW speelt dan een rol. Het beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW.

De wederzijds kenbare belangen bij het beding neergelegd in art. 10 lid 6 van Planet zijn dat de ISP niet aansprakelijk wil worden gesteld voor onacceptabele informatie afkomstig van de klant, en dat voor het geval dat gebeurt blokkeringen van de homepage soms noodzakelijk zijn.[232] Voor de klant is het echter niet duidelijk wat Planet onder onacceptabele informatie verstaat. Er is bovendien sprake van een subjectief criterium 'om haar moverende redenen' en dat is verdacht.[233] Opmerkelijk is dat blokkeringen van de homepage op grond van volgens Planet onacceptabele informatie niet aan de klant

230 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Homepage'.
231 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.
232 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Homepage'.
233 Zie paragraaf 4.4.1.1 'Beoordeling tekortkoming ISP: art. 6:236 sub d BW (subjectief criterium)'.

hoeven te worden uitgelegd. Dit beding is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar vanwege het subjectieve criterium en bovendien omdat de klant geen waarschuwing krijgt van de ISP dat zijn informatie onacceptabel is en daarom wordt geblokkeerd, terwijl ook achteraf niet kenbaar wordt gemaakt aan de klant waarom zijn informatie is geblokkeerd. De klant moet worden geïnformeerd over waarom zijn informatie onacceptabel is. Indien voor de klant duidelijk is dat de informatie onrechtmatig is, bijvoorbeeld kinderporno, dan is deze informatieverschaffing niet noodzakelijk.

Hosting: exoneratie voor schade met betrekking tot nieuwsgroepen
Art. 11 van de algemene voorwaarden van Chello heeft betrekking op de dienst nieuwsgroep.[234] In lid 4 is sprake van een exoneratiebeding dat luidt:

> 'UPC is niet aansprakelijk voor enige directe of indirecte schade die het gevolg is van bovengenoemde maatregelen van UPC.'

'Niet aansprakelijk' duidt op een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid voor zowel directe als indirecte schade. Wanneer de klant zich niet gedraagt conform de hem opgelegde verplichtingen met betrekking tot het gebruik van nieuwsgroepen kan Chello aan de klant maatregelen opleggen. De omstandigheden van het geval bepalen of de maatregelen redelijk zijn en het door Chello gehanteerde beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is. Bijvoorbeeld wanneer een klant wordt uitgesloten van deelname aan een bepaalde nieuwsgroep wanneer hij meerdere malen onrechtmatige informatie via de nieuwsgroep heeft verspreid.

Extra value: exoneratie voor schade met betrekking tot domeinnaam
Veelal bepalen ISP's in hun algemene voorwaarden dat de klant verantwoordelijk is voor het gebruik van zijn domeinnaam. Wanneer een ISP vervolgens wijzigingen aanbrengt in de domeinnaam van zijn klant en de klant daardoor schade lijdt, kan de ISP door zijn klant aansprakelijk worden gesteld. XS4ALL sluit in art. 7 lid 2 van haar algemene voorwaarden de aansprakelijkheid hiervoor uit.[235] De reden van opneming van het exoneratiebeding zal zijn gelegen in het feit dat de klant en niet de ISP verantwoordelijk is voor het gebruik en de keuze van de domeinnaam. Het gedrag van de klant bij de uitvoering van de overeenkomst is van belang: welke domeinnaam hij kiest en hoe hij zijn domeinnaam gebruikt. Het exoneratiebeding wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

---

234 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Nieuwsgroepen'.
235 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel L. Diensten en beheer, onder 'Domeinnaam/IP-adres'.

Extra value: exoneratie voor schade ontstaan door raadpleging helpdesk
Wanneer een ISP een helpdesk hanteert mag een klant daarvan hulp verwachten. Naast het feit dat een advies onjuist kan zijn, bestaat de mogelijkheid dat het zodanig is geformuleerd dat het voor de klant moeilijk te begrijpen is. Bij de beoordeling van dit laatste bedoelde geval zal het van de (maatschappelijke) positie van partijen afhangen om te kunnen beoordelen of sprake is van een niet adequaat advies. In de betreffende bedingen is steeds sprake van een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid omdat de ISP's stellen nooit aansprakelijk te zijn. Hierdoor wordt vermoed dat de bedingen onredelijk bezwarend zijn op grond van art. 6:237 sub f BW. Van de helpdesk mag een klant een zekere mate van kwaliteit verwachten. Het is de ISP die daar een risico voor draagt. Het exoneratiebeding in art. 8 lid 4 van Planet bijvoorbeeld is op grond van dit argument onredelijk bezwarend.[236]

Content: disclaimer
Een disclaimer op een website bestaat uit een of meer verklaringen van de houder van de website aan zijn contractpartners, maar ook aan derden.[237] Ook ISP's hanteren disclaimers op hun websites.[238] Deze hebben betrekking op de functie content. Sommige website-disclaimers lijken een zuiver informatief karakter te hebben, anderen bevatten een waarschuwing of ook een exoneratie. Een disclaimer is hier van belang wanneer het gaat om een mededeling op de website waarin de website-houder – in dit geval de ISP – zijn aansprakelijkheid beperkt dan wel geheel uitsluit. Het is voor de ISP als beheerder van de website niet mogelijk zijn aansprakelijkheid zo sterk te beperken dat de verbintenis waarop zij betrekking heeft, haar betekenis zou verliezen. Wie een website opent, heeft ten opzichte van de bezoeker een minimale onderzoeks- en verificatieverplichting die hij niet kan 'wegbedingen'. Dit ontneemt hem echter niet de mogelijkheid de aansprakelijkheid voor eventuele onnauwkeurigheden in de geleverde informatie uit te sluiten. Anderzijds kan men van de betrokkene verwachten dat hij, gewezen op de onvolkomenheid, de nodige inspanningen doet om de vereiste correcties in de pagina aan te brengen. Voor het beheer van een website is het van essentieel belang dat de informatie op de pagina up-to-date is. De informatie dient zodoende op regelmatige tijdstippen te worden bijgewerkt. De disclaimer bewerkstelligt dat een internetgebruiker de gegevens op de website mag gebruiken, op voorwaarde dat hij het risico voor dat gebruik aanvaardt. De disclaimer zal in ieder geval duidelijk vindbaar moeten zijn op de website.[239] Wij moeten bezien in hoeverre disclaimers juridische waarde hebben in de contractuele relatie ISP en klant.

236 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel M. Klachtenregeling en helpdesk.
237 Zie Siemerink, Van Eijden & Van Esch 2006 en Siemerink 2004 C.
238 Zie bijlage paragraaf 3.2 'Disclaimers'.
239 In de praktijk blijkt echter dat disclaimers niet altijd even goed vindbaar zijn. Zie bijlage paragraaf 3.2 'Disclaimers'.

De door Planet Internet gehanteerde disclaimer bestaat uit drie alinea's.[240] De eerste twee alinea's van de disclaimer van Planet houden expliciet exoneratiebedingen in. In de derde alinea is sprake van een copyright-bepaling zoals die ook is te vinden in boeken:

> 'Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden openbaar gemaakt of verveelvoudigd […].'

Het beding neergelegd in deze derde alinea is redelijk en van toepassing op klanten van Planet die de inhoud op de websites van Planet raadplegen. De bedingen neergelegd in de eerste twee alinea's laten zich wat moeilijker lezen, het is onduidelijk wat Planet precies bedoelt. In het eerste beding is sprake van een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid voor de inhoud van door derden aangeboden informatie op de website van Planet. Blijkbaar is het mogelijk dat derden op de website van Planet informatie aanbieden. Aangezien Planet verantwoordelijk is voor de inhoud van haar eigen pagina's kan zij ook aansprakelijk worden gesteld voor de zich daarop bevindende informatie, ook wanneer deze afkomstig is van derden. Planet kan dan op haar beurt deze 'derden' aansprakelijk stellen. Het recht dat Planet zich in die gevallen voorbehoudt tot het wijzigen dan wel verwijderen van de informatie speelt daarbij een rol. Wanneer Planet wetenschap heeft van onrechtmatige informatie van derden op haar website mag worden verwacht dat zij gebruik maakt van dit recht.[241] Uit het in de tweede alinea neergelegde beding kan worden opgemaakt dat Planet aansprakelijkheid uitsluit voor directe en indirecte schade ontstaan door de inhoud van de op de website aangeboden informatie. In zoverre wordt dit beding vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat Planet verantwoordelijk is voor de inhoud van haar website. Zij neemt het initiatief tot doorgeven van de informatie. Dit beding neergelegd in de tweede alinea van de disclaimer kan betrekking hebben op de contractuele relatie van Planet met haar klant wanneer de klant de door Planet op haar website geplaatste informatie raadpleegt en op basis daarvan handelingen verricht of beslissingen baseert. Hierbij kan men denken aan de informatie over de abonneeservice. De disclaimer wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn tegenover klanten op grond van art. 6:237 sub f BW.

@Home heeft een disclaimer die goed te vinden is en goed leesbaar is. Bekijken wij de inhoud dan wijst @Home in de eerste alinea een gebruiker van haar website op de mogelijkheid dat de gegevens op haar website onjuist dan wel onvolledig kunnen zijn. Daarmee wil zij bereiken dat beslissingen of handelingen van internetgebruikers op grond van de gegevens op haar website voor eigen risico geschieden. In de tweede alinea is sprake van een exoneratiebeding waarin @Home iedere aansprakelijkheid daarvoor uitsluit.

---

240 Zie bijlage paragraaf 3.2 'Disclaimers'.
241 Vergelijk art. 6:196c BW.

Dit beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW. De omstandigheden van het geval kunnen zodanig zijn dat @Home wel aansprakelijk is voor schade op grond van het gebruik van haar gegevens.

Aansprakelijkheidspositie klant
De meeste ISP's hebben in hun algemene voorwaarden een apart beding opgenomen waarin de aansprakelijkheidspositie van de klant is geregeld. Door de aansprakelijkheidspositie van de klant te verwoorden in de algemene voorwaarden, wordt er tevens duidelijkheid geschept over de aansprakelijkheidspositie van de ISP. Een ISP probeert op deze manier zijn aansprakelijkheid in te kaderen. De redelijkheid van deze bedingen wordt in deze paragraaf onderzocht.

Klant is aansprakelijk voor schade toegebracht door klant
In een beding kan een ISP bepalen dat de klant aansprakelijk is voor de schade die de klant toebrengt aan zijn ISP.[242] Bijvoorbeeld door opzet of schuld veroorzaakte verspreiding van een virus. Dan is sprake van opzet dan wel grove schuld aan de kant van de klant. Wanneer gedragingen van derden aan de klant kunnen worden toegerekend en van zodanige aard zijn dat de klant daar verantwoordelijkheid voor draagt kan de ISP zijn klant aansprakelijk stellen. Het beding wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW dan wel art. 6:233 sub a BW.

Klant is aansprakelijk voor schade ontstaan omdat klant zich niet houdt aan gedragsregels
Een klant dient zich te gedragen conform de gedragsregels neergelegd in de algemene voorwaarden en eventuele gedragscodes. Het is redelijk dat een klant die zich niet dienovereenkomstig gedraagt aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade. De wederzijds kenbare belangen bij het beding zullen duidelijk zijn. De klant moet weten dat hij zich moet gedragen als een goed internetgebruiker. De reden dat de ISP's dit beding in hun algemene voorwaarden hebben opgenomen is dat zij niet aansprakelijk willen zijn voor schade ontstaan door middel van wangedrag van hun klant jegens een andere klant of een derde die door het wangedrag van de klant schade lijden. De aansprakelijkheid heeft betrekking op wanprestatie omdat de klant zich dient te houden aan de regels vastgesteld in de overeenkomst. Wanneer de gedragsregels duidelijk zijn geformuleerd door de ISP worden de bedingen niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW. De aansprakelijkheid van de klant is door XS4ALL bijvoorbeeld als volgt in art. 5 lid 2 van haar algemene voorwaarden geregeld:[243]

---

242 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid.
243 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel I. Aansprakelijkheid, onder 'Aansprakelijkheid van de klant'.

> 'De klant die handelt in strijd met zijn of haar verplichtingen uit de overeenkomst of deze algemene voorwaarden is aansprakelijk voor alle daaruit voor XS4ALL voortvloeiende schade.'

Klant is aansprakelijk voor schade ontstaan door gebruik via zijn aansluiting
De klant is aansprakelijk voor al het gebruik dat er via zijn internetaansluiting wordt gemaakt en voor elk gebruik van zijn gebruikersnaam en wachtwoord. ISP's stellen de klant aansprakelijk indien de klant de door de ISP opgelegde instructies niet uitvoert. Wanneer de computer van de klant is geïnfecteerd met een virus en derden op deze manier onrechtmatig gebruik kunnen maken van de aansluiting van de klant moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden bepaald in hoeverre er sprake is van een redelijk beding. Wanneer de klant zijn PC bijvoorbeeld onvoldoende heeft beveiligd tegen virussen terwijl zijn ISP hem hier wel over heeft geïnformeerd is sprake van een redelijk beding en is de klant verantwoordelijk voor het gebruik. Dit geldt ook voor het geval dat de PC van de klant wordt gehackt en daardoor misbruik wordt gemaakt van zijn gebruikersnaam en gebruikerswachtwoord, wanneer de ISP zijn klanten voldoende over beveiliging heeft geïnformeerd. Internetgebruikers kunnen op de hoogte zijn van risico's die zij in de praktijk hebben door computervirussen of ongewenste reclame. Veel minder bewust is men zich echter van de risico's die te maken hebben met privacyaspecten of inbraak in computers. Ook is men vaak niet op de hoogte van de mogelijke beveiligingsmaatregelen die kunnen worden genomen. Het zal dan van de omstandigheden van het geval afhangen of de klant aansprakelijk kan worden gesteld. In de meeste gevallen zijn deze bedingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar.

6.3.2.3 Overmachtbeding: art. 6:237 sub f BW

Een tekortkoming in de nakoming duidt op wanprestatie, maar indien deze niet aan de ISP kan worden toegerekend is sprake van overmacht. Algemene voorwaarden kennen aan het begrip 'overmacht' vaak een ruimere omschrijving toe dan de wettelijke omschrijving van art. 6:75 BW.[244] Met Rijken ben ik van mening dat de overmachtclausule dan niets anders is dan een verkapte exoneratieclausule die ziet op de vorm van wanprestatie: niet-nakoming ten gevolge van contractuele overmachtfeiten.[245] De wet stelt vrij strenge eisen aan een geslaagd beroep op overmacht: de nakoming moet praktisch onmogelijk zijn. Is de nakoming niet praktisch onmogelijk, maar slechts min of meer bezwaarlijk dan kan de ISP in voorkomende gevallen wellicht een beroep doen op onvoorziene omstandigheden. Een overmachtbeding is een beding waarin de toerekenbaarheid van de tekortkoming wordt beperkt en valt daarom ook

244 Zie ook Knobbout-Bethlem 1992, p. 224.
245 Rijken 1983, p. 47.

onder art. 6:237 sub f BW. Ook is denkbaar om overmachtbedingen aan te tasten met een beroep op art. 6:237 sub b BW, aangezien er een deel van de hoofdverplichting van de ISP kan zijn aangetast.[246] Het kan bij een overmachtbeding gaan om uitbreiding van de ontbindingsbevoegdheden of het uitsluiten van specifieke risico's. In een overmachtbeding komt men ook vaak een vertaling tegen van art. 6:258 BW over onvoorziene omstandigheden. Hoewel een belemmering die de ISP bij het aangaan van de overeenkomst heeft voorzien of had behoren te voorzien in het algemeen voor zijn rekening komt, moet niet uitgesloten worden geacht dat in een bepaald concreet geval wordt uitgemaakt dat ondanks een voorzienbare belemmering de verkeersopvatting deze toch niet voor rekening van de ISP wil laten komen. Ook beperkt men de overmacht wel eens tot omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen. Bij verhindering tot nakoming maakt het echter geen principieel verschil of die verhindering al bij het ontstaan van de verbintenis aanwezig was dan wel eerst later is ingetreden. In beide gevallen moet worden nagegaan of de uit de verhindering voortvloeiende tekortkoming aan de ISP kon worden toegerekend. Overmachtbedingen wentelen de nadelige gevolgen van bepaalde omstandigheden die nakoming verhinderen af op de klant.

Een ruime meerderheid van de onderzochte algemene voorwaarden bevat een of meer bedingen over overmacht.[247] Hier wordt onderzocht in hoeverre de door de ISP's gehanteerde overmachtbedingen redelijk zijn. Bij overmachtbedingen waarin vele overmacht opleverende omstandigheden en/of gebeurtenissen zijn opgenomen is het van belang op te merken dat een beding gedeeltelijk nietig kan zijn als het splitsbaar is. Een beding is splitsbaar wanneer een deel van het beding wordt geschrapt en dat wat overblijft als een afzonderlijk begrijpelijk en redelijk beding kan voortbestaan.[248] De overmachtbedingen hebben allemaal betrekking op de functie access.[249] Uiteindelijk heeft het overmachtbeding gevolgen voor alle functies die worden verricht. De reden van opneming van het overmachtbeding is gelegen in het feit dat honderd procent beschikbaarheid (nog) niet realiseerbaar is. De klant kan dan ook geen honderd procent beschikbaarheid verwachten maar mag wel af gaan op de toezeggingen die de ISP heeft gedaan (art. 3:35 BW).

Access: een niet aan de ISP toerekenbare tekortkoming

ISP's bepalen dat een tekortkoming hen niet kan worden toegerekend indien sprake is van omstandigheden die de nakoming van de overeenkomst verhinderen en die krachtens de wet noch de geldende verkeersopvattingen aan hen

246 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.2.2 'Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking)'.
247 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel O. Overmacht.
248 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.4 'Gevolgen onredelijk bezwarend beding'.
249 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel O. Overmacht en hoofdstuk 5 paragraaf 5.3.3.4 'Rubricering opschortings- en ontbindingsgronden'.

zijn toe te rekenen. Vervolgens sommen zij een aantal omstandigheden op die in ieder geval overmacht opleveren. Wanneer overmachtomstandigheden zich voordoen, willen ISP's zich niet garant stellen voor de levering van hun diensten.[250] Niet alle genoemde situaties van overmacht zijn steeds het vermelden waard indien het gaat om de dienstverlening van een ISP. De bedingen worden in het algemeen echter niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Wanneer er sprake is van een volledige bezetting van de inbelpunten en de ISP daardoor zijn verplichtingen niet kan nakomen is geen sprake van een overmachtsituatie maar van een situatie waar een ISP wel verantwoordelijk voor is. Opschorting van de verplichtingen in geval van overmacht is redelijk. De overmachtbedingen hebben – als gezegd – betrekking op de functie access omdat het de beschikbaarheid van de internetdiensten betreft.

In art. 14 van de algemene voorwaarden van XS4ALL is bepaald wanneer er sprake is van overmacht en wat de consequenties daarvan zijn.[251] Uit lid 1 blijkt dat XS4ALL verstaat onder overmacht alle van buiten komende oorzaken die redelijkerwijs niet voorzienbaar waren en als gevolg waarvan XS4ALL haar verplichtingen niet kan nakomen. Vervolgens geeft XS4ALL een niet-limitatieve opsomming van overmachtsituaties.[252] Deze situaties hebben allemaal betrekking op de functie access. XS4ALL heeft in lid 2 opgenomen wanneer (op welk moment) zij het recht heeft om zich op overmacht te beroepen. Daarvan is sprake wanneer 'de omstandigheid die (verdere) nakoming verhindert, intreedt nadat XS4ALL haar verbintenis had moeten nakomen.' Deze bepaling is onduidelijk geformuleerd omdat er in te lezen valt dat de overmachtsituatie intreedt nadat XS4ALL haar verplichtingen had moeten nakomen. De overmachtsituatie dient echter voor die tijd te zijn ontstaan, zodat de ISP daardoor zijn verplichtingen niet meer kan nakomen. In de definiëring van overmacht in lid 1 heeft XS4ALL dit ook zo bepaald. Het beding neergelegd in lid 2 wordt daarom vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van art. 6:237 sub f BW jo. 6:238 lid 2 BW. Dat tijdens een overmachtsituatie de verplichtingen van de ISP worden opgeschort, zoals XS4ALL bepaalt in lid 3, is redelijk. De redelijkheid van de ontbindingsmogelijkheid na twee weken is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De redelijkheid van de overige bedingen is ook afhankelijk van de omstandigheden van het geval en kan niet in zijn algemeenheid worden bepaald.[253]

De in art. 14 sub a van de algemene voorwaarden van Vuurwerk opgesomde overmachtgronden zijn vergaand:

---

250 Zie hoofdstuk 4 paragraaf 4.4.2.2 'Eigen verplichtingen wezenlijk beperken: art. 6:237 sub b BW (prestatiebeperking)'.

251 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen' onderdeel O. Overmacht.

252 Zie ook art. 17 lid 1 van de algemene voorwaarden van Tiscali.

253 Zie ook Phoelich 2004, p. 13.

> 'Van overmacht is ondermeer sprake indien Vuurwerk niet aan haar verplichtingen kan voldoen vanwege oorlog(sgevaar), oproer, molest, brand, waterschade, vorst, overstroming, aardbeving, werkstaking, bedrijfsbezetting, uitsluiting, overheidsmaatregelen, defecten aan apparatuur, storing in levering van energie, storingen in communicatieve verbindingen inclusief telecommunicatieve verbindingen, verandering in toepasselijke wet- of regelgeving.'

Veel situaties zullen zich waarschijnlijk nooit voordoen.[254] De overmachtgrond 'defecten aan apparatuur' is onredelijk bezwarend, aangezien een ISP zijn functies uitoefent met behulp van apparatuur en de klant er van mag uitgaan dat de ISP over goed werkende apparatuur beschikt. Ook een beroep op overmacht op grond van verandering in toepasselijke wet- of regelgeving acht ik onredelijk bezwarend, een ISP dient zich te houden aan de geldende wet. Indien hier bedoeld wordt de situatie waarin een bepaalde handeling bij wet wordt verboden die voorheen was toegestaan waardoor een van de functies niet meer op dezelfde manier kan worden aangeboden, is een beroep op overmacht echter redelijk. Art. 14 sub b luidt:

> 'Indien door overmacht Vuurwerk Internet langer dan een maand niet aan haar verplichtingen kan voldoen zijn beide partijen bevoegd de overeenkomst te ontbinden, zij het met vergoeding van de inmiddels door Vuurwerk Internet gemaakte kosten door de afnemer.'

Dat een ISP-overeenkomst op grond van een redelijke overmachtomstandigheid kan worden ontbonden is redelijk. Het is echter de vraag of een termijn van een maand ook in alle gevallen redelijk zal zijn en of de klant in dit geval de door de ISP gemaakte kosten dient te betalen. In zoverre is het beding in art. 6 sub e onder 3 van de algemene voorwaarden van Vuurwerk onredelijk bezwarend op grond van art. 6:236 sub c BW.[255] Daar bepaalt Vuurwerk dat zij gerechtigd is de levering van de diensten zonder voorafgaande waarschuwing en met onmiddellijke ingang op te schorten of stop te zetten indien er sprake is van een overmachtsituatie zoals genoemd in art. 14 sub a.

In art. 7 sub c bepaalt Vuurwerk het volgende:

> 'Vuurwerk Internet staat niet in voor de geschiktheid van de diensten voor het doel dat de afnemer voor ogen heeft, ook niet als dit doel vooraf aan Vuurwerk Internet kenbaar is gemaakt. De afnemer doet afstand van zijn recht op vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling.'

---

254 Alhoewel het dorp Haaksbergen eind november 2005 een heel weekend zonder stroom heeft gezeten. Zie: 'Na 24 uur moet er toch weer stroom zijn', *NRC-Handelsblad*, d.d. 28 november 2005.

255 Zie paragraaf 5.3.3.2 'Uitsluiting/beperking c.q. uitbreiding opschortingsrecht: art. 6:236 sub c BW'.

Het is de vraag of op de manier zoals Vuurwerk hier bepaalt afstand kan worden gedaan van het beroep op dwaling zoals neergelegd in art. 6:228 BW, gezien de wederzijds kenbare belangen.[256] Bij dwaling gaat het juist om wederzijds niet kenbare belangen die kunnen worden aangevochten. Het feit dat de klant bij het aangaan van de ISP-overeenkomst niet een juiste voorstelling van zaken had, speelt dan een rol. Uitsluiting van een beroep op dwaling hoeft echter niet per definitie onredelijk bezwarend te zijn. In dit geval is sprake van een exoneratie geformuleerd als een niet aan de ISP toerekenbare tekortkoming die ver gaat en daarom als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt.

6.4 CONCLUSIE

ISP's kunnen aansprakelijkheid regelen in hun algemene voorwaarden en zo door middel van contractsvrijheid invloed uitoefenen op hun aansprakelijkheidspositie. Een blik op de exoneratiebedingen die ISP's hanteren leert dat ze in ruime mate gebruik maken van de mogelijkheid om hun aansprakelijkheid uit te sluiten of in te perken. Voor sommige schadesoorten is een exoneratie beter verdedigbaar dan voor andere. Dit zal de reden zijn waarom sommige ISP's het exoneratiebeding opsplitsen in artikelleden of verschillende artikelen die op verschillende wijze de aansprakelijkheid voor verschillende soorten schade beperken. Niet alleen kan zo het beding optimaal worden toegeschreven op de meer en minder risicovolle werkzaamheden van de ISP, er kan zo ook beter worden aangesloten bij een eventuele aansprakelijkheidsverzekering, bij moeilijk in te schatten risico's en bij schadefactoren die in redelijkheid wel of juist niet op een klant kunnen worden afgewenteld. De door de ISP's gehanteerde mogelijkheden zijn niet altijd wettelijk toegestaan en daarom onredelijk bezwarend en vernietigbaar. Het feit dat (een bepaalde vorm van) exoneratie in de ISP-branche voorkomt, wijst echter op een bestaande behoefte aan exoneratie. Kennelijk wordt exoneratie als een noodzaak ervaren door ISP's, ook gezien de spagaatpositie – de ISP is aansprakelijk als het onrechtmatige materiaal niet wordt verwijderd, maar anderzijds is de ISP ook aansprakelijk als het achteraf bezien niet-onrechtmatige materiaal is verwijderd – waarin zij zich bevinden met betrekking tot de functie hosting terwijl bovendien de internetmarkt nog in ontwikkeling is. Het beoordelen van exoneratiebedingen blijft uiteindelijk een beoordeling van feiten en omstandigheden. Het antwoord op de vraag of een beroep van een ISP op een exoneratiebeding onredelijk bezwarend is, zal telkens afhangen van de precieze feiten en omstandigheden van het geval.

In de algemene voorwaarden van de vijftien onderzochte ISP's ben ik verschillende verschijningsvormen van exoneratiebedingen tegengekomen.

256 Zie bijlage paragraaf 5.2 'Specifieke bedingen', onderdeel G. Verplichtingen van de ISP.

Allereerst ben ik het beding tegengekomen dat bij niet-tijdige levering noch ontbinding, noch schadevergoeding kan worden gevorderd. Daarna volgt een overmachtbeding met een opsomming van gebeurtenissen die, indien zij zich voordoen, als overmachtfeiten worden beschouwd. Vervolgens ben ik, meestal aan het slot van de algemene voorwaarden een algemene exoneratie tegengekomen betreffende schade van welke aard of uit welke oorzaak ook in verband met de geleverde diensten of ontstaan tijdens of ter gelegenheid van de uitvoering van de ISP-overeenkomst. Tot slot treft men dan meestal nog een vrijwaringsbeding aan.

Alle of meerdere functies

ISP's hebben vrijwaringsbedingen in hun algemene voorwaarden opgenomen die betrekking hebben op alle functies. De ISP kan een vrijwaringsbeding opnemen waarin hij bedingt dat wanneer zijn klant schade veroorzaakt aan een derde, zijn klant hem vrijwaart van aanspraken door die derde. Hiermee bewerkstelligt hij dat een derde zich niet op hem zal kunnen verhalen of althans dat hij de bij hem neergelegde vordering kan doorschuiven naar zijn klant. Het gebruik dan wel misbruik van de klant en het niet voldoen aan verplichtingen uit de overeenkomst dan wel de algemene voorwaarden liggen aan deze vrijwaringsbedingen ten grondslag. De reden van opneming van deze vrijwaringsbedingen is gelegen in het feit dat ISP's geen verantwoordelijkheid willen dragen voor misbruik of verkeerd gebruik van hun klanten waarbij schade ontstaat aan derden. Een ISP heeft er belang bij dat zijn klanten zich fatsoenlijk gedragen.

Wanneer de ISP's gevallen van opzet en grove schuld buiten de exoneratie houden, worden de exoneratiebedingen in beginsel niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn, maar de omstandigheden van het geval kunnen aangeven hoever de aansprakelijkheidspositie van een ISP reikt. ISP's sluiten vaak elke garantie uit en zij beperken zoveel mogelijk het bedrag waarvoor zij aansprakelijk kunnen worden gesteld. ISP's kunnen vereisten stellen voor het vestigen van aansprakelijkheid, bijvoorbeeld dat een schadeclaim schriftelijk moet worden ingediend bij de ISP binnen een bepaalde termijn. Een aangetekend schrijven daartoe is echter onredelijk bezwarend omdat daarmee alleen het belang van de ISP is gediend. De bedingen kunnen betrekking hebben op een algehele exoneratie of op exoneratie voor schade ontstaan door gebruik door derden of omdat de klant niet voldoet aan zijn verplichtingen. Exoneratiebedingen voor schade ontstaan door onvoldoende beveiliging door de ISP en omdat de ISP niet aan zijn verplichtingen voldoet worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

Access

ISP's hanteren veelvuldig exoneratiebedingen die specifiek van toepassing zijn op access. Vrijwaring voor schade ontstaan door gebruik van een netwerk van een derde is een beding dat betrekking heeft op de functie access en de dienst

internettoegang. Het beding is redelijk voorzover de oorzaak van de ontstane schade in de sfeer van de klant ligt.

Exoneratiebedingen die schade ontstaan door onvoldoende beschikbaarheid uitsluiten zijn onredelijk bezwarend voorzover het de beschikbaarheid van het systeem van de ISP betreft omdat de ISP daartoe een inspanningsverplichting op zich neemt. Voorzover het de beschikbaarheid van het internet betreft is een exoneratie met betrekking tot onvoldoende beschikbaarheid tot op zekere hoogte geoorloofd, mits opzet en grove schuld niet worden uitgesloten en er sprake is van herstelkosten. Van de klanten als gebruikers van internettoegangsdiensten wordt verwacht dat zij op de hoogte zijn van het karakter van het internet en de inherente feilbaarheid van netwerken. Exoneratiebedingen die betrekking hebben op schade die het gevolg is van door de ISP aangebrachte wijzigingen in toegangscodes zijn onredelijk bezwarend wanneer de klant niet tijdig op de hoogte wordt gebracht van de wijzigingen. Een exoneratiebeding voor schade ontstaan door netwerken van derden is redelijk omdat de klant naast de ISP-overeenkomst een aparte overeenkomst sluit met een telecommunicatieaanbieder en de ISP alleen verantwoordelijk is voor zijn eigen systeem. Onderhoud aan het systeem van de ISP is van tijd tot tijd noodzakelijk. Een exoneratiebeding over de daarmee verband houdende schade is redelijk. Een voorafgaande bekendmaking van de onderhoudswerkzaamheden aan de klant is evenwel noodzakelijk. Exoneratiebedingen voor schade ontstaan door onvoldoende inbelpunten of schade ontstaan door virussen worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat een ISP over voldoende inbelpunten dient te beschikken, zijn klanten dient te informeren over virussen en daarnaast een waarschuwingsplicht heeft. Exoneratie voor schade aan het kabelmodem is redelijk.

De meeste ISP's geven een min of meer uitvoerige niet-limitatieve opsomming van situaties wanneer sprake kan zijn van overmacht. De overmachtbedingen hebben allemaal betrekking op de functie access maar uiteindelijk heeft overmacht gevolgen voor alle functies die de ISP verricht. De reden van opneming van een overmachtbeding is gelegen in het feit dat honderd procent beschikbaarheid niet realiseerbaar is. Van overmacht is sprake wanneer een ISP niet in staat is om zijn verplichtingen na te komen en bovendien sprake is van een niet aan de ISP toerekenbare tekortkoming. Wanneer sprake is van overmacht vervalt voor de ISP de verplichting tot nakoming. Het opnemen van een overmachtbeding in de algemene voorwaarden met daarin een niet limitatieve opsomming van overmachtomstandigheden is redelijk. De overmachtsituaties mogen echter niet ruimer worden gesteld dan art. 6:75 BW doet, anders is er sprake van een (vermoedelijk) onredelijk bezwarend beding op grond van art. 6:237 sub f BW. In de praktijk blijkt dat de ISP zich in zijn algemene voorwaarden vaak minder strenge eisen stelt aan een door hem te doen beroep op overmacht. Zo staan in een aantal bedingen woorden als 'redelijkerwijs'. Dat wil zeggen dat de ISP overmacht aanwezig acht indien nakoming van de overeenkomst door de ISP redelijkerwijs niet kan worden

gevergd. Soms bepaalt de ISP daarbij nog dat het oordeel over de vraag of nakoming door de ISP redelijkerwijs niet meer kan worden verlangd aan de ISP is. In dat geval is sprake van een subjectief beding. Ook brengen algemene voorwaarden overmacht nogal eens in verband met (alle) omstandigheden die nakoming van de overeenkomst bezwaren, of waardoor het niet meer mogelijk is om op normale wijze te presteren. In een aantal algemene voorwaarden ziet de omschrijving van overmacht tevens op al dan niet voorzienbare omstandigheden. Uiteindelijk zal concreet moeten worden bepaald of een bepaalde in de algemene voorwaarden opgesomde omstandigheid of gebeurtenis ook daadwerkelijk overmacht oplevert.

Hosting

Met betrekking tot de functie hosting hebben ISP's vrijwaringsbedingen en bedingen die de ISP geheel of ten dele bevrijden van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding opgenomen. Een vrijwaring voor schade ontstaan door inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van derden door de klant is redelijk. Een vrijwaringsbeding voor schade ontstaan door informatie en activiteiten op de website van de klant is ook redelijk. Deze schade ligt geheel in de sfeer van de klant. Vrijwaring voor schade ontstaan door onrechtmatige tekens, begrippen of namen in het e-mail-adres is redelijk wanneer de klant zijn eigen e-mail-adres samenstelt.

Een exoneratiebeding voor schade ontstaan door onvoldoende beveiliging van door de klant opgeslagen informatie wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn tenzij de ISP tevens aangeeft zich maximaal in te spannen voor beveiliging van de opgeslagen gegevens. Exoneratie voor schade ontstaan door onvoldoende geheimhouding van persoonsgegevens is onredelijk bezwarend. Exoneratie voor schade ontstaan door handelingen van internetgebruikers die geen klant zijn bij de ISP is redelijk. Exoneratie voor schade ontstaan door handelingen van klanten tegenover andere klanten is onredelijk bezwarend, art. 6:196c lid 4 BW is dan van toepassing. Exoneratie voor schade ontstaan door het wijzigingen van het e-mail-adres van de klant is onredelijk bezwarend wanneer de klant daarvan niet tijdig op de hoogte wordt gesteld. Exoneratie voor schade ontstaan door inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht door de klant is redelijk wanneer de ISP de voorwaarden neergelegd in art. 6:196c lid 4 BW in acht neemt. Exoneratie voor schade ontstaan door een storing waardoor gegevens met betrekking tot de website van de klant verloren gaan is onredelijk bezwarend wanneer er geen uitzondering wordt gemaakt voor gevallen van opzet dan wel schuld. Exoneratie voor schade ontstaan door het ontzeggen dan wel beperken van de toegang van een klant tot zijn website c.q. e-mail account is redelijk wanneer het voor de klant kenbaar is waarom hem toegang wordt ontzegd c.q. zijn toegang wordt beperkt. Exoneratie voor schade ontstaan door het verwijderen van informatie van de website van de klant wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

De meeste ISP's hebben in hun algemene voorwaarden bepalingen opgenomen dat ze naar eigen goeddunken pagina's kunnen wissen en niet hoeven in te staan voor de gevolgen daarvan. Het dilemma waarvoor een ISP in deze gevallen wordt geplaatst, is enigszins versmald door de bepaling in art. 6:196c lid 4 BW, maar verschaft de ISP niet voldoende rechtszekerheid. Een vrijwaringsbeding is in deze situatie te adviseren boven een exoneratiebeding dat de ISP geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Een ISP die zich in zijn algemene voorwaarden door middel van een vrijwaringsbeding goed tegen claims van zijn klanten heeft ingedekt, hoeft weinig vorderingen te verwachten. Een wettelijke notice and take down procedure biedt echter meer rechtszekerheid voor beide partijen.

Extra value
In de exoneratiebedingen die specifiek van toepassing zijn op de functie extra value wordt aansprakelijkheid uitgesloten voor schade met betrekking tot de domeinnaam. Dat is redelijk wanneer er een uitzondering wordt gemaakt in geval van opzet of grove schuld. Vrijwaring voor schade ontstaan door onjuist gebruik van een domeinnaam is redelijk omdat de ontstane schade geheel in de sfeer van de klant ligt. Exoneratie voor schade ontstaan door raadpleging van de helpdesk wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

Content
Wanneer de ISP een questionnaire hanteert met betrekking tot verzoeken om verwijdering van informatie is een vrijwaringsbeding daarin dat geldt tegenover de verzoeker redelijk. Hierdoor maakt de ISP het aansprakelijkheidsprobleem met betrekking tot hosting kenbaar en beheersbaar, maar het probleem wordt er niet mee opgelost.

Een disclaimer op de website van een ISP is een exoneratiebeding. Een disclaimer kan zeker zinvol zijn. De juridische waarde van een disclaimer is echter afhankelijk van de vraag of de clausule van toepassing is op de relatie tussen klant en ISP. De toepasselijkheid dient te worden vastgesteld aan de hand van de mogelijkheid die de ISP biedt om van de disclaimer kennis te nemen. ISP's dienen er voor te zorgen dat de disclaimers duidelijk als zodanig herkenbaar zijn en dat zij in begrijpelijke taal zijn gesteld. Daarnaast dient een oordeel over de inhoud plaats te vinden waarbij redelijkheid en billijkheid voorop staan. De meeste van de door de onderzochte ISP's gehanteerde disclaimers zijn nu vermoedelijk onredelijk bezwarend.

Aansprakelijkheidspositie klant
Door de aansprakelijkheidspositie van de klant in de algemene voorwaarden van de ISP-overeenkomst te regelen kan een ISP invloed uitoefenen op zijn eigen aansprakelijkheidspositie. De bepalingen betreffen doorgaans de volgende situaties: de klant is aansprakelijk voor schade toegebracht door hem zelf of door hem geautoriseerde gebruikers, de klant is aansprakelijk voor schade

omdat de klant zich niet houdt aan gedragsregels, de klant is aansprakelijk voor schade ontstaan door gebruik via zijn aansluiting en de klant is aansprakelijk voor schade ontstaan door het niet meedelen van wijzigingen in relevante gegevens. Deze bedingen worden niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn wanneer ze voldoende duidelijk zijn geformuleerd zodat het voor de klant helder is wat de ISP bedoelt. Vrijwaringsbedingen waarin de klant wordt gevrijwaard voor schade ontstaan door ter beschikking gestelde software van de ISP zijn redelijk, ook wanneer daarbij wordt geëist dat de klant aan bepaalde voorwaarden voldoet.

Al met al kan worden gesteld dat de mogelijkheden voor uitsluiting dan wel beperking van aansprakelijkheid sterk verschillen per functie. Met betrekking tot access is de invloed van exoneratiebedingen op de aansprakelijkheidspositie van de ISP groot. Met betrekking tot hosting is de invloed van exoneratiebedingen minder groot, maar bestrijken deze bedingen zeker een belangrijk deel van de contractsinhoud. Wij hebben daarbij de noodzaak van een notice and take down procedure ter zake van problemen met betrekking tot hosting bepleit. De invloed van de aangetroffen exoneratiebedingen op de functies extra value en content is niet bijzonder groot.

7 Conclusies en aanbevelingen

7.1 ISP-OVEREENKOMSTEN

Er is een nieuw soort tussenpersoon ontstaan: de ISP. Om gebruik te kunnen maken van het internet sluit een consument een overeenkomst met een ISP. Daarbij maken ISP's gebruik van algemene voorwaarden. Onderwerpen in de algemene voorwaarden zijn de totstandkoming van de overeenkomst, de verplichtingen en rechten van partijen, de beëindiging van de overeenkomst, en in het bijzonder de uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid. Het onderzoek is ingegaan op het wettelijk raamwerk waarbinnen ISP's hun overeenkomsten sluiten, in welke mate ISP's binnen dit wettelijk raamwerk opereren en meer specifiek is onderzocht hoe de aansprakelijkheid is geregeld. Een praktijkanalyse van vijftien Nederlandse ISP-overeenkomsten heeft daarbij centraal gestaan.

Bij de inhoudstoetsing van algemene voorwaarden die de ISP hanteert op de B2C markt staan de volgende vragen centraal bij de beoordeling of sprake is van een onredelijk bezwarend beding in de door de ISP gehanteerde algemene voorwaarden:

- betreft het een kernbeding;
- staat het beding op de zwarte (art. 6:236 BW) of grijze (art. 6:237 BW) lijst;
- zijn bepalingen uit de regeling van de overeenkomst van opdracht en/of koop/huur van toepassing;
- heeft het beding betrekking op de licentieovereenkomst;
- betreft het een specifiek geval van een duurovereenkomst (wijziging algemene voorwaarden, ontbinding, opzegging of opschorting);
- heeft het beding betrekking op een inspanningsverplichting of resultaatsverplichting;
- speelt de marktpositie van de ISP een rol;
- heeft het beding betrekking op gedragscodes;
- is het beding voldoende duidelijk geformuleerd;
- op welke wijze zijn de algemene voorwaarden tot stand gekomen;
- wat zijn de wederzijds kenbare belangen bij het beding;
- welke overige omstandigheden van het geval kunnen nog een rol spelen?

Een wenselijke opbouw van de algemene voorwaarden van een ISP is weergegeven in de volgende paragrafen, onderverdeelt in algemene en specifieke bedingen. Binnen de verschillende onderdelen wordt ingegaan op de vereisten voor de totstandkoming en de beëindiging van ISP-overeenkomsten,

de toepasselijkheid en wijziging van algemene voorwaarden en de aansprakelijkheidspositie van de ISP.

7.2 ALGEMENE BEDINGEN

Algemene bedingen komen standaard in algemene voorwaarden voor en hebben betrekking op de ISP-overeenkomst in het algemeen.

7.2.1 Algemene bepalingen

7.2.1.1 Definities

Het is wenselijk dat een ISP zijn algemene voorwaarden begint met een lijst van definities waarin uitleg wordt gegeven van de door de ISP gehanteerde begrippen. Dat schept duidelijkheid en het draagt bij aan transparantie. De volgende begrippen moeten in de definities worden opgenomen: omschrijving van de ISP, aanduiding voor de contractuele wederpartij, omschrijving van het ISP-netwerk/het systeem, omschrijving van wat er wordt verstaan onder diensten, omschrijving van de middelen die de ISP beschikbaar heeft gesteld om van de diensten gebruik te kunnen maken, en een geschillencommissie. Daarnaast kunnen de volgende begrippen worden opgenomen: algemene voorwaarden, overeenkomst, technische begrippen als e-mail en website en begrippen die voor de aanmeldingsprocedure noodzakelijk zijn. Daarnaast zijn nog begrippen nodig die de algemene voorwaarden verduidelijken. Begrippen die in de wet staan hoeven niet te worden neergelegd in de algemene voorwaarden, maar kunnen wel worden opgenomen indien daarmee meer duidelijkheid wordt verschaft. Bepaalde definities kunnen specifiek van toepassing zijn op een bepaalde functie. Voor de aanduiding van de contractuele wederpartij is het niet verstandig om het begrip 'gebruiker' te hanteren omdat de wet in afdeling 6.5.3 BW dit begrip ook hanteert, en dan daarmee de ISP bedoelt. De term 'klant' of 'consument' acht ik het meest neutraal. Definities kunnen leiden tot vernietiging van een bepaling in de algemene voorwaarden wanneer ze onvoldoende duidelijk zijn geformuleerd en dan mede op grond van de overige inhoud van de ISP-overeenkomst voor de consument onduidelijkheid laten bestaan. Wanneer begrippen als 'accountgegevens' en 'verkeersgegevens' onduidelijk zijn geformuleerd, geeft dit aanleiding tot onredelijk bezwarende bedingen.

De begrippen die worden gedefinieerd kunnen worden gekoppeld aan de algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik. Veel technische begrippen als hardware, randapparatuur, account(gegevens), aansluiting, log-in-procedure, technische begripsomschrijvingen en schrijfruimte staan in verband met het beginsel beschikbaarheid. Verkeersgegevens en accountgegevens hangen samen

met de beginselen vertrouwelijkheid, integriteit en authenticiteit. Daarnaast moeten de definities zelf worden getoetst aan het beginsel transparantie.

7.2.1.2 Totstandkoming overeenkomst

ISP's sluiten doorgaans overeenkomsten met consumenten via hun website. Op de website kan sprake zijn van een uitnodiging tot het doen van een aanbod of van een aanbod. Een ISP-overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Een aanbod vervalt als de bezoeker niet tijdens zijn bezoek aan de website het aanbod aanvaardt omdat het karakter van een website dit met zich meebrengt. Herroeping speelt dan alleen nog een rol als de ISP het aanbod tijdens het bezoek van de wederpartij wijzigt. Op grond van het BW en de TW moet de ISP aan informatieplichten voldoen, wil hij rechtsgeldig elektronisch en op afstand onaantastbare overeenkomsten via zijn website kunnen sluiten. Al deze informatieplichten hebben tot doel transparantie in ISP-overeenkomsten te bewerkstelligen. Uit het praktijkonderzoek is gebleken, dat daarvan niet steeds sprake is. De betreffende informatieplichten hebben zowel betrekking op de hoedanigheid van de ISP, de fase van het sluiten van de overeenkomst en op de fase van de uitvoering van de overeenkomst. De informatieplichten spelen vooral een rol in de precontractuele fase. De niet-nakoming daarvan kan pas gevolgen meebrengen wanneer de ISP-overeenkomst tot stand is gekomen. Aan het op duidelijke en begrijpelijke wijze verstrekken van de informatie wordt niet voldaan door de betreffende informatie in de algemene voorwaarden op te nemen, deze dient op de website van de ISP te worden vermeld. De TW legt daarnaast de verplichting op om de informatie ook in de overeenkomst op te nemen.

De ISP sluit via zijn website een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten. Hij kan daarmee echter niet voldoen aan het vormvereiste om de informatieplichten op een duurzame gegevensdrager aan zijn aspirant-klanten te verstrekken omdat een e-mail-bericht geen duurzame gegevensdrager is en het niet duidelijk is of een ISP voor het verstrekken van de betreffende informatie gebruik kan maken van zijn website. Een website is immers geen duurzame gegevensdrager, tenzij het gaat om persoonlijk aan de consument gerichte informatie en hij in staat wordt gesteld om de gegevens op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de gegevens kunnen dienen, en die ongewijzigde reproductie van de opgeslagen gegevens mogelijk maakt. Het verschaffen van informatie over de vereisten voor gebruikmaking van het ontbindingsrecht kan bovendien alleen *schriftelijk* geschieden (art. 7:46c lid 2 sub b BW) en levert zodoende een belemmering op voor het elektronisch sluiten van overeenkomsten tot het verrichten van elektronische diensten. Deze belemmering kan niet worden ontweken door een consument uitdrukkelijk te laten instemmen met (art. 7:46i lid 5 sub a BW) de uitvoering van de diensten voordat de ontbindingstermijn van zeven

werkdagen is verstreken. De consument dient immers eerst *schriftelijk* te worden geïnformeerd over zijn recht op ontbinding. Van instemming zoals bedoeld in art. 7:46i lid 5 sub a BW kan daarenboven geen sprake zijn indien enkel een instemmingsbepaling in de algemene voorwaarden wordt opgenomen. Wanneer een ISP niet aan alle informatieplichten heeft voldaan, ontstaat een ontbindingstermijn van drie maanden. De wet overeenkomsten op afstand is duidelijk niet geschreven met het oog op ISP's. De wetgever heeft bij overeenkomsten op afstand voornamelijk gedacht aan zaken als object van de overeenkomst, aan de consequenties die de wet heeft voor het sluiten van overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten is onvoldoende aandacht besteed.

Om een klant duidelijkheid te verschaffen over het tijdstip waarop een overeenkomst is tot stand gekomen, ligt het voor de hand hiertoe een beding in de algemene voorwaarden op te nemen. Bij het totstandkomen van de overeenkomst kan een klant verwachten dat hij bij de uitvoering daarvan gebruik dient te maken van software waarvoor gebruikersvoorwaarden gelden; zonder software kan een klant immers geen gebruik maken van de diensten.

Contractsvrijheid brengt mee dat een ISP zelf kan bepalen met wie hij overeenkomsten sluit en met wie niet. Een weigeringsbeding op zich is daarom niet onredelijk bezwarend indien de weigeringsgronden kenbaar zijn of kenbaar worden gemaakt voor de klant. ISP's kunnen op hun website of in hun algemene voorwaarden een opsomming geven van de weigeringsgronden. De gronden die zij hanteren dienen bovendien redelijke gronden te zijn. Iemand weigeren indien het aannemelijk is dat deze aspirant-klant zich niet zal houden aan de bepalingen in de algemene voorwaarden en gedragsregels acht ik gegrond. Dit zou bijvoorbeeld vooraf kunnen worden beoordeeld aan de hand van een opgestelde 'zwarte lijst'.

7.2.1.3 Toepasselijkheid algemene voorwaarden

Óf de algemene voorwaarden op de ISP-overeenkomst van toepassing zijn is afhankelijk van de eisen gesteld in de artt. 6:233 sub b jo. 6:234 BW. Een bepaling over de beschikbaarheid van de algemene voorwaarden is daarom in de algemene voorwaarden overbodig. De toepasselijkheid van elektronische algemene voorwaarden brengt een informatieplicht voor de ISP met zich mee. Bij het aanvaarden van zijn elektronische bestelling via de ISP-website dient de klant (een hyperlink die toegang biedt tot) de algemene voorwaarden onder ogen te krijgen en deze expliciet te aanvaarden, alvorens de algemene voorwaarden ook daadwerkelijk van toepassing zijn. Het aanbieden van algemene voorwaarden op de website waarbij de aspirant-klant door de algemene voorwaarden wordt geleid alvorens de aanmeldingshandelingen te kunnen vervolgen acht ik daarbij niet noodzakelijk. Wel dienen de algemene voorwaarden duidelijk via de website raadpleegbaar te zijn, bij voorkeur met behulp van een hyperlink, met een goede mogelijkheid om te scrollen. Voorts moet

er de mogelijkheid zijn voor de klant om de algemene voorwaarden op te slaan op zijn harde schijf en eventueel te printen. Latere kennisneming door de klant van de algemene voorwaarden is dan mogelijk door de opgeslagen kopie van de algemene voorwaarden op zijn harde schijf of de geprinte versie te raadplegen. De hyperlink die verwijst naar de algemene voorwaarden zal daarom duidelijk op de aanmeldings-website aanwezig moeten zijn en daarbij zal voldoende toelichting moeten worden gegeven over de print en/of opslag mogelijkheden. Een rangordebepaling verschaft helderheid over de verhouding tussen algemene voorwaarden en aanvullende voorwaarden.

7.2.1.4 Wijziging algemene voorwaarden

Het wijzigen van algemene voorwaarden heeft betrekking op de aard van de overeenkomst: de ISP-overeenkomst is een duurovereenkomst. Omdat de techniek voordurend in ontwikkeling is, is het onvermijdelijk dat algemene voorwaarden gewijzigd moeten worden en daarom is het niet onredelijk bezwarend dat een ISP zichzelf het recht geeft zijn algemene voorwaarden te wijzigen. Een wijzigingsbeding wordt niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn wanneer in het beding is bepaald hoe wijzigingen aan de klant worden doorgegeven en de aard van de wijziging aan de klant wordt meegedeeld en dat de klant een opzeggingsmogelijkheid heeft als hij het niet eens is met de wijziging. Op grond van art. 7.2 TW dient een ISP ten minste vier weken voordat een voorgenomen wijziging van een beding dat is opgenomen in een overeenkomst van kracht wordt, de klant de mogelijkheid te bieden om de overeenkomst kosteloos te beëindigen, en de klant op genoegzame wijze op de hoogte te stellen van de inhoud van de voorgenomen wijziging en van de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen. Voor het bekend maken van de wijzigingen aan de klant is een e-mail-bericht met een hyperlink naar de te wijzigen voorwaarden of een brief met een vermelding van de website met de te wijzigen voorwaarden voldoende, mits daarbij wordt vermeld wanneer de gewijzigde algemene voorwaarden in werking zullen treden, en dat de klant wanneer hij het niet eens is met de wijzigingen de overeenkomst kan opzeggen. Een redelijke termijn om deze mededeling aan de klant te doen is vier weken, met na verloop van twee weken nog een herhalingsmededeling zodat de klant voldoende is geïnformeerd. Indien na het verstrijken van deze termijn van vier weken de klant zijn overeenkomst niet heeft opgezegd, kan de ISP er van uit gaan dat de klant de gewijzigde algemene voorwaarden stilzwijgend heeft aanvaard. De wijziging is echter niet van toepassing wanneer de ISP niet opnieuw heeft voldaan aan de informatieplicht. Schending van de informatieplicht zal leiden tot vernietigbaarheid van de wijziging, zodat na vernietiging de oorspronkelijke algemene voorwaarden hun gelding behouden. Een probleem dat zich voor kan doen wanneer algemene voorwaarden worden gewijzigd is dat een redelijk beding wordt gewijzigd in een beding

dat onredelijk bezwarend is op grond van de zwarte of grijze lijst of op grond van de overige omstandigheden.

7.2.1.5 Gevolgen onredelijk bezwarend beding

Wanneer een beding in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is op grond van art. 6:233 sub a BW, al dan niet in samenhang met de zwarte of grijze lijst, is het beding vernietigbaar. Vernietigbaarheid van een beding in de algemene voorwaarden van een ISP leidt in het algemeen niet tot vernietiging van de gehele overeenkomst. Het regelen van de gevolgen van een vernietigbaar beding in de algemene voorwaarden is niet noodzakelijk omdat de gevolgen van vernietiging in de wet zijn geregeld. Een daartoe strekkend beding kan wel verduidelijking bieden aan de klant. Duidelijkheid biedt bijvoorbeeld de bepaling dat in geval van vernietiging van één of meerdere bepalingen de overeenkomst voor het overige in stand blijft.

7.2.2 Duur en beëindiging

ISP's gaan een duurovereenkomst aan met hun klanten voor bepaalde of onbepaalde tijd. De overeenkomst voor een bepaalde termijn wordt naar verstrijken van de termijn stilzwijgend verlengd. ISP's ontkomen er daarom niet aan om een onderdeel duur en beëindiging in hun algemene voorwaarden op te nemen waarin ze de duur en de beëindigingsmogelijkheden van de overeenkomst neerleggen. Beëindigen is het verzamelbegrip voor opzegging en ontbinding. Tegen beëindigingsbedingen als zodanig bestaat geen bezwaar, maar er moet op redelijke wijze met de belangen van de klant rekening worden gehouden. Een consument wordt beschermd tegen overeenkomsten met een onredelijk lange duur. Art. 6:236 sub j BW biedt een consument bescherming tegen een stilzwijgende verlenging van de overeenkomst voorzover de verlenging of vernieuwing voor langer dan een jaar plaatsvindt.

7.2.2.1 Opzegging

Opzegging betreft de mededeling dat de klant, dan wel de ISP de aangegane verbintenis wil doen ophouden. Het zal meestal om een opzegging door de klant gaan. ISP's kunnen overeenkomsten aangaan voor onbepaalde tijd met een minimum looptijd van één jaar met vervolgens stilzwijgende verlenging. De ISP-overeenkomst is dan in het eerste jaar niet opzegbaar. Op grond van art. 6:237 sub k BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat voor een ISP-overeenkomst een duur bepaalt van meer dan een jaar, tenzij de klant de bevoegdheid heeft de overeenkomst telkens na een jaar op te zeggen.

Om een ISP-overeenkomst te kunnen opzeggen dient een opzeggingsbevoegdheid te bestaan. De opzeggingsbevoegdheid kan de ISP in zijn algemene voorwaarden neerleggen door te bepalen dat onder bepaalde voorwaarden de overeenkomst door middel van opzegging door elk der partijen kan worden beëindigd. Onduidelijkheid over wanneer er precies is opgezegd, wanneer de ISP-overeenkomst precies eindigt en wanneer er tijdig is opgezegd vermijdt een ISP door aan de opzeggingsbevoegdheid vormvereisten te stellen en een opzegtermijn te hanteren. Zo kan er bijvoorbeeld een opzegtermijn van een maand gelden en kan tegen het einde van de maand schriftelijk of per e-mail worden opgezegd. Een vormvereiste is wenselijk vanwege de bewijsvoering. Een beding dat opzegging door de klant per aangetekende brief vereist, is echter onredelijk bezwarend. Bij opzegging 'te allen tijde' zoals neergelegd in art. 7:408 lid 1 BW dient met betrekking tot een ISP-overeenkomst die is aangegaan voor onbepaalde tijd een redelijke opzegtermijn in acht te worden genomen. Het enkel noemen van het begrip 'een redelijke termijn' is niet concreet, duidelijker is het om een daadwerkelijke opzegtermijn op te nemen. De opzegtermijn mag niet langer zijn dan drie maanden of langer dan de termijn waarop de ISP de overeenkomst kan opzeggen (art. 6:237 sub l BW). Gedurende de opzegtermijn blijft de overeenkomst in stand.

De ISP die de bevoegdheid bedingt de overeenkomst op te zeggen, dient de opzeggingsgronden te noemen. Hierbij geldt bovendien dat deze gronden de opzegging moeten rechtvaardigen door van zodanig gewicht te zijn dat verdere gebondenheid niet van de ISP kan worden gevergd. En als opzeggende partij dient de ISP de opzegging altijd aan de klant te motiveren. Een klant kan een ISP-overeenkomst zonder reden en motivering opzeggen. Wijziging van de algemene voorwaarden is voor de klant een reden om de algemene voorwaarden op te zeggen op grond van art. 7.2 TW.

7.2.2.2 Ontbinding

Een ISP-overeenkomst kan door zowel klant als ISP door middel van ontbinding worden beëindigd. Sommige ISP's hanteren het begrip 'opzegging' terwijl zij ontbinding bedoelen. Dat is niet wenselijk en draagt niet bij aan transparantie en duidelijkheid. Gronden voor een klant om de overeenkomst te ontbinden zijn een ISP die zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt en gewijzigde omstandigheden die de uitvoering van de overeenkomst onmogelijk maken. ISP's kunnen de klant het recht geven om bij surseance van betaling of faillissement van de ISP of indien de ISP in grove mate nalatig is geweest in het nakomen van zijn verplichtingen de overeenkomst te beëindigen. Gronden waarop de ISP de overeenkomst kan ontbinden zijn gerede twijfel over de kredietwaardigheid van de klant, het door de klant niet-nakomen van de verplichtingen uit de overeenkomst, het door de klant in strijd handelen met de algemene voorwaarden, gewijzigde omstandigheden die de uitvoering van de overeenkomst onmogelijk maken en overmacht van de ISP. De gronden

voor ontbinding door de ISP dienen duidelijk te zijn vermeld in de algemene voorwaarden en van zodanig gewicht te zijn dat verdere gebondenheid niet van de ISP kan worden gevergd. Of gebondenheid niet langer van de ISP kan worden gevergd is mede afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De beëindigingsgrond dat een klant gedurende een bepaalde tijd geen gebruik maakt van zijn overeenkomst is niet van zodanig gewicht dat verdere gebondenheid niet van de ISP kan worden gevergd. Indien de aard en de ernst van de tekortkoming dit rechtvaardigen, moet de consument de overeenkomst kunnen beëindigen door middel van ontbinding van de overeenkomst. Omdat art. 6:236 sub b BW ziet op ontbinding ex. art. 6:261 BW, is een toerekenbare tekortkoming van de ISP vereist die ontbinding kan rechtvaardigen. Een ISP mag zijn ontbindingrecht niet uitbreiden in strijd met art. 6:237 sub d BW. Wanneer de klant in strijd handelt met de algemene voorwaarden wordt ontbinding in de praktijk vaak als sanctie gehanteerd, zie paragraaf 7.3.6 'Sanctiemogelijkheden'.

7.2.2.3 Rechtsgevolgen van beëindiging

De klant heeft belang bij duidelijkheid over de gevolgen van beëindiging. Door een geldige opzegging eindigt het geheel van rechten en plichten dat uit de overeenkomst voortvloeit, met instandhouding van hetgeen reeds ter uitvoering van de overeenkomst is verricht. Ontbinding heeft bevrijding van de daardoor getroffen verbintenissen tot gevolg. De algemene voorwaarden blijven bij beëindiging van de ISP-overeenkomst de rechtsbetrekking tussen partijen beheersen om een goede afwikkeling te bewerkstelligen. Op grond van art. 6:237 sub i BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat voor het geval de overeenkomst wordt beëindigd anders dan op grond van het feit dat de klant in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten, de klant verplicht een geldsom te betalen, behoudens voorzover het betreft een redelijke vergoeding voor door de ISP geleden verlies of gederfde winst. Aangezien de prijs een kernbeding is van de ISP-overeenkomst, is het redelijk dat de klant de vergoedingen tot aan het moment van beëindiging van de overeenkomst dient te voldoen omdat de klant tot het einde van de overeenkomst de tegenprestatie van de ISP nog geniet. Het is redelijk gezien de beperktheid van de serie nummerreeksen van de ISP om de domeinnaam op te zeggen en daarmee het nummer vrij te krijgen voor een andere domeinnaam bij beëindiging van de ISP-overeenkomst. Bij beëindiging van een ISP-overeenkomst met een kabel-ISP dient in geval de klant het kabelmodem van de ISP heeft gehuurd, het kabelmodem aan de ISP te worden teruggegeven. De door de ISP ter beschikking gestelde software kan bij het beëindigen van de ISP-overeenkomst niet worden vernietigd; software kan slechts van computers worden verwijderd. Een beding waarin is opgenomen dat een ISP na het beëindigen van de ISP-overeenkomst gegevensbestanden van de klant behoudt, is onredelijk bezwa-

rend. ISP's blijven echter rechthebbende van het e-mail-adres en de gebruikersnaam.

7.2.3 Vergoedingen en betalingen

De prijs is een kernbeding van de ISP-overeenkomst. Een regeling over vergoedingen en de wijze waarop betalingen plaatsvinden, is in de algemene voorwaarden noodzakelijk. De prijs is afhankelijk van de te leveren diensten. Het is wenselijk dat de prijs inclusief BTW is en per maand wordt berekend. Er kan financiële zekerheid van de klant worden verlangd op grond van een waarborgsom. Bij een niet tijdige betaling dient de ISP eerst een nadere termijn te stellen alvorens de klant in verzuim is. Het buiten gebruik stellen van de diensten is een redelijke sanctie wanneer de klant in verzuim is, mits de klant door de ISP vooraf op de hoogte wordt gesteld van de sanctie (zie paragraaf 7.3.6 'Sanctiemogelijkheden'). Het feit dat de ISP-overeenkomst een duurovereenkomst is, brengt met betrekking tot de prijs met zich mee dat de ISP een bepaling in zijn algemene voorwaarden zal opnemen die hem de bevoegdheid geeft om de tarieven van tijd tot tijd aan te passen. De artikelen van de zwarte lijst die een rol kunnen spelen bij het onderdeel vergoedingen en betalingen zijn ten eerste art. 6:236 sub i BW dat zich richt op prijsverhogingsbedingen en beoogt op dit gebied bescherming aan de consument te bieden. De bescherming is gericht tegen de onbeperkte gebondenheid van de consument aan de gewijzigde overeenkomst. In een prijsverhogingsbeding moet uitdrukkelijk worden bepaald dat een klant de mogelijkheid heeft om de overeenkomst op te zeggen, wanneer de ISP de prijs verhoogt. Ten tweede speelt art. 6:236 sub k BW dat zich richt op bewijsafspraken een rol. Zolang een beding aan de klant de mogelijkheid geeft om tegenbewijs te leveren is sprake van een redelijk beding.

7.2.4 Geschillenbeslechting en toepasselijk recht

Het is wenselijk dat ISP's een beding over geschillenbeslechting en toepasselijk recht in hun algemene voorwaarden opnemen. Dat kan gebeuren door de Nederlandse rechter bevoegd te verklaren om van geschillen kennis te nemen en het Nederlandse recht van toepassing te laten zijn. Er bestaat geen specifieke geschillenprocedure met betrekking tot ISP-overeenkomsten. Het is wenselijk dat er een geschillenprocedure in het kader van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC) tot stand komt. Art. 6:236 sub n BW heeft specifiek betrekking op geschillenbeslechting. De klant moet de bevoegdheid hebben om voor beslechting van een geschil door de gewone rechter te kiezen.

7.3 SPECIFIEKE BEDINGEN

De specifieke bedingen zijn specifiek voor een ISP-overeenkomst en van toepassing op alle of meerdere functies of specifiek op een bepaalde functie.

7.3.1 Diensten en beheer

De door de ISP te verrichten functies access, hosting en op grond van de omstandigheden van het geval de functies extra value en content zijn de kernbedingen van een ISP-overeenkomst en maken het mogelijk ISP-overeenkomsten ordelijk te benaderen. In deze functie-indeling kunnen de verschillende internetdiensten worden ondergebracht. Het is van belang dat de aangeboden diensten in de algemene voorwaarden worden omschreven zodat de klant weet wat hij kan verwachten. Daarnaast dienen ISP's een bepaling over het beheer van hun systeem op te nemen.

7.3.1.1 Access

Access is het aan een klant de technische faciliteit verschaffen om via het systeem van de ISP toegang te verkrijgen tot het internet. Onder access valt dan ook de dienst internettoegang.

Aangezien het beginsel beschikbaarheid centraal staat bij alle vier functies – met name bij access – dient beschikbaarheid te worden beschouwd als een noodzakelijke voorwaarde voor het uitoefenen van de functies. Beschikbaarheid is tevens een te bereiken resultaat. ISP's plegen zich niet te verbinden tot een feilloze beschikbaarheid van internetdiensten. De ISP-overeenkomst dient zodoende te worden beschouwd als een inspanningsverbintenis. Voorzover het beschikbaarheid betreft zou het echter wenselijk zijn dat de ISP-overeenkomst zou worden gekwalificeerd als een resultaatsverbintenis. Bij access is dan sprake van een resultaatsverbintenis die aan alle andere functies ten grondslag ligt.

Een onderdeel van de algemene voorwaarden vormen de bepalingen inzake intellectuele eigendom op de door de ISP ter beschikking gestelde software. Intellectuele eigendomsrechten hebben betrekking op beschikbaarheid; door middel van software wordt beschikbaarheid van informatie op het internet mogelijk gemaakt. De bedingen hebben daarom voornamelijk betrekking op de functie access. De klant verkrijgt van de ISP een licentie op de software voor de duur van de overeenkomst. In de algemene voorwaarden dienen daarom bepalingen te staan die gaan over de voorwaarden waaronder de software mag worden gebruikt (licentievoorwaarden), de aansprakelijkheid ten aanzien van de intellectuele eigendomsrechten, overdraagbaarheid van de programmatuur en sancties op het wijzigen van de software van de ISP. Bedingen die betrekking hebben op intellectuele eigendomsrechten die onvoldoende duidelijk

zijn geformuleerd kunnen vernietigbaar zijn op grond van de overige inhoud van de ISP-overeenkomst wanneer bijvoorbeeld in de definities ook geen duidelijke formulering betreffende intellectuele eigendomsrechten wordt gehanteerd.

Op grond van de aard van de ISP-overeenkomst is een beding waarin de ISP bepaalt dat de account van de klant wordt afgesloten indien deze er geruime tijd geen gebruik van maakt onredelijk bezwarend wanneer de klant hiervan niet in kennis wordt gesteld. Het is voor een klant niet kenbaar en hij hoeft ook niet te verwachten dat zijn wachtwoord, toegangscode en andere codes eenzijdig door de ISP worden gewijzigd zonder dat een ISP een klant hiervan in kennis stelt. Ook gezien het feit dat een klant verantwoordelijk is voor het gebruik van deze gegevens. Dergelijke wijzigingen tasten de kern van een ISP-overeenkomst aan. Het afsluiten van een inboedelverzekering voor een gehuurd kabelmodem kan niet in redelijkheid van de klant worden gevergd omdat het hier om een relatief gering bedrag gaat en de kans dat de klant bij schade deze niet kan vergoeden zo gering is dat de ISP daar geen wezenlijk belang bij heeft.

7.3.1.2 Hosting

Hosting is het aan een klant de mogelijkheid verschaffen om op de ISP-server(s) bepaalde informatie van en voor derden toegankelijk te maken. De internetdiensten die onder hosting vallen zijn: website, e-mail, nieuwsgroep en chat.

Bewijsbedingen met betrekking tot de dienst 'website' waarin de bevoegdheid van de klant om bewijs te leveren is uitgesloten zijn zwarte bedingen op grond van art. 6:236 sub k BW dat zich richt op bewijsafspraken. Het is voor een klant niet kenbaar en hij hoeft ook niet te verwachten dat zijn e-mail-adres eenzijdig door de ISP wordt gewijzigd zonder dat een ISP een klant hiervan in kennis stelt. Ook gezien het feit dat een klant verantwoordelijk is voor het gebruik van zijn e-mail-adres. Wijzigingen zullen in sommige gevallen noodzakelijk zijn en dienen in ieder geval aan de klant te worden meegedeeld, anders is de toepassing van het beding onaanvaardbaar op grond van de redelijkheid en billijkheid.

7.3.1.3 Extra value

Extra value is het voor een klant diensten verrichten die een meerwaarde betekenen voor de klant ten opzichte van access en hosting. Voorbeelden van diensten die hieronder vallen zijn: helpdesk, verschaffen anti-virussoftware, filteren van ongewenste inhoud, verschaffen spam-filter, registratie domeinnaam, ontwerpen website, verkrijgen vast IP-adres.

Het beheren van een beschikbare helpdesk en het hanteren van een werkzame klachtenregeling zijn wenselijk. De ISP dient hiervan melding te maken in de algemene voorwaarden. Een helpdesk dient adequate informatie te

verstrekken indien een klant met een probleem belt. Het beheren van een speciaal e-mail-adres voor klachten met een goed protocol is een mogelijkheid voor een klachtenregeling. Art. 6:236 sub l BW heeft betrekking op de vorm en werking van verklaringen en kan een rol spelen bij bedingen die betrekking hebben op de klachtenregeling. Een vormvoorschrift is wenselijk vanwege de bewijsvoering. Een bepaling in de trant van 'klachten dienen schriftelijk en gemotiveerd te worden ingediend' is niet per definitie onredelijk bezwarend maar kan wel worden getoetst aan de open norm van art. 6:233 sub a BW. Op grond van art. 6:237 sub a BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de ISP een, gelet op de omstandigheden van het geval, ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn geeft om op een aanbod of een andere verklaring van de wederpartij te reageren. Bijvoorbeeld het ongebruikelijk lang wachten op antwoord op een aangemelde klacht. Art. 6:237 sub h BW kan een rol spelen met betrekking tot een klachtenregeling wanneer daarin een vervalbeding is opgenomen.

Het staat iedere ISP vrij om diensten aan te bieden als spam-filtering of virusscanning van e-mail wanneer de klant daar om vraagt. Het is dan aan de ISP om hier duidelijke afspraken over te maken met zijn klant. Bijvoorbeeld over welke kwaliteit de klant van de filtering dan wel scanning kan verwachten. Dat betekent dat in de *header* van de e-mail-berichten de regel wordt toegevoegd dat het bericht is gescand op virussen. En dat de klant bericht krijgt wanneer aan hem geadresseerde mail door het spam-filter als spam is opgevat, etcetera.

De aard van de ISP-overeenkomst brengt mee dat het registreren van een domeinnaam een overeenkomst van opdracht is. Contractsdwang, waartegen art. 6:237 sub j BW bescherming biedt, kan een rol spelen met betrekking tot de registratie van domeinnamen en diensten van derden zoals breedbandinternet c.q. ADSL.

7.3.1.4 Content

Het aanbieden van content betreft het aanbieden van inhoudelijke informatie op het internet. In dit geval betreft het informatie afkomstig van de ISP zelf. ISP's kunnen via hun portal-site informatie aanbieden die alleen beschikbaar is voor klanten. Het dient voor klanten dan duidelijk te zijn hoe (bijvoorbeeld door middel van codes of wachtwoorden) zij deze informatie kunnen raadplegen. Een beding in de algemene voorwaarden kan daarover duidelijkheid verschaffen.

7.3.1.5 Beheer

Een bepaling in de algemene voorwaarden die betrekking heeft op het beheer kan gaan over: het onderhoud van het systeem, het wijzigen van de dienst(en),

een storing in de dienst(en), het buiten gebruik stellen van het systeem, het aanpassen van het systeem en het wijzigen van de inbelnummers en de log-in-procedure. Bij beheer spelen de beginselen beschikbaarheid en flexibiliteit een rol. Bedingen die betrekking hebben op beheer in het algemeen kunnen vernietigbaar zijn wanneer de wederzijdse belangen van ISP en klant niet voldoende kenbaar zijn. Het vooraf melden van een blokkering is niet altijd in redelijkheid haalbaar voor een ISP omdat bij beschikbaarheidsproblemen snel moet worden gehandeld, maar wanneer een melding vooraf en het geven van een reden voor de blokkering vooraf wel mogelijk zijn, dient een ISP dat te doen. Op grond van art. 6:237 sub c BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de ISP de bevoegdheid verleent een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden. Op grond van art. 6:237 sub e BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de ISP een ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn voor de nakoming geeft. In geval van een storing levert de ISP geen dienst terwijl de klant wel betaalt. Men kan van ISP's niet verwachten dat zij het gehele risico voor storingen veroorzaakt door derden zullen dragen. Het verdelen van het risico voor storingen door een eigen risico voor de consument aan te houden en daarna het risico voor de ISP te laten kan redelijk worden geacht.

7.3.2 Verplichtingen van de ISP

De verplichtingen van de ISP hebben betrekking op alle functies en vormen een belangrijk onderdeel van de algemene voorwaarden van de ISP-overeenkomst en dienen duidelijk te worden geformuleerd. De ISP moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. Hij dient als een redelijk bekwaam provider te handelen en te werk te gaan.

Het verlenen van aansluiting op het systeem en het tot stand brengen en in stand houden van de verbinding zijn de kernverplichtingen van een ISP en hebben betrekking op beschikbaarheid (zie paragraaf 7.3.1.1 'Access'). Het ter beschikking stellen van het ISP-netwerk aan klanten voor de functies access, hosting, extra value en content vormt een voortdurende verplichting voor de ISP. Indien er geen beschikbaarheid is, is afname niet (meer) mogelijk. De ISP moet zorgdragen voor een aansluiting van de klant op zijn systeem voor de in de overeenkomst bepaalde diensten. Daarnaast moet de ISP zorg dragen voor het in stand houden van de verbinding die via het systeem met het internet gemaakt kan worden. Met behulp van deze verbinding moet er sprake zijn van een adequate beschikbaarheid van de diensten die de klant met zijn ISP is overeengekomen. Beschikbaarheid is de belangrijkste verplichting die een ISP op zich neemt, zonder beschikbaarheid heeft een klant immers niets

aan zijn ISP-overeenkomst. De verbintenis tussen ISP en klant aangaande de beschikbaarheid van het systeem van de ISP is een inspanningsverbintenis. Het verlenen van aansluiting op het systeem van de ISP en het tot stand brengen en in stand houden van de verbinding dienen ook te worden beschouwd als inspanningsverbintenissen. De ISP dient een zekere kwaliteit te garanderen om aan de beginselen van integriteit en authenticiteit te voldoen en tevens over voldoende capaciteit te beschikken.

Vervolgens moeten technische en organisatorische maatregelen voor veiligheid en vertrouwelijkheid zorgen van de bij de ISP opgeslagen gegevens, de diensten en het systeem. Een ISP is verantwoordelijk voor een adequaat beveiligingsniveau van zijn eigen systeem om op die manier beschikbaarheid van de internetdiensten te kunnen realiseren. Alle ISP's dienen een beveiligingsbepaling in hun algemene voorwaarden op te nemen.

Art. 6:236 sub d BW heeft betrekking op de beoordeling van de tekortkoming van de ISP (subjectief criterium) en kan een rol spelen bij bedingen die betrekking hebben op de verplichtingen van de ISP. Daarnaast kan art. 6:236 sub e BW van de zwarte lijst dat betrekking heeft op de toestemming voor schuld of- contractsoverneming een rol spelen. Bedingen die betrekking hebben op de overdracht van rechten en plichten van de ISP zonder dat een klant de mogelijkheid krijgt om de overeenkomst te beëindigen zijn onredelijk bezwarende bedingen. Art. 6:236 sub f BW heeft betrekking op de situatie dat de rechten van de ISP op een derde overgaan en bevat het verbod verweermiddelen en bevoegdheden van de klant voor gevallen van overgang van rechten uit te sluiten of te beperken.

Op grond van art. 6:237 sub b BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de inhoud van de verplichtingen van de ISP wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de klant, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten. Het gaat daarbij alleen om bedingen die de inhoud en omvang van de verplichtingen van de ISP beperken ten opzichte van de situatie bij het sluiten van de overeenkomst (prestatiebeperkingsbedingen). Op grond van art. 6:237 sub e BW wordt in overeenkomsten met een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden dat de ISP een ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn voor de nakoming geeft.

7.3.3 Verplichtingen van de klant

De verplichtingen van de klant vormen naast de verplichtingen van de ISP een belangrijk onderdeel van de ISP-overeenkomst. Door middel van het opleggen van verplichtingen aan hun klanten kunnen ISP's de waarden en normen die zij hanteren afdwingbaar maken tegenover hun klanten. De ver-

plichtingen hebben betrekking op alle functies, sommige verplichtingen zijn echter specifiek van toepassing op een bepaalde functie. De klant dient zich op te stellen en te gedragen conform hetgeen van een verantwoordelijk en zorgvuldig internetgebruiker mag worden verwacht. Hier volgt een opsomming van de verplichtingen waaraan de klant dient te voldoen.

7.3.3.1 Zorgvuldig gebruik

Zorgvuldig gebruik is dat de klant redelijke instructies van de ISP ten aanzien van het gebruik van de diensten opvolgt. Daaronder zijn ook begrepen instructies met betrekking tot het in- en uitloggen. Bij het gebruik van de dienst moet worden voorkomen dat de belangen van de ISP worden geschaad. De beginselen beschikbaarheid, vertrouwelijkheid en authenticiteit staan hierbij centraal. De klant is verantwoordelijk voor en dient zorgvuldig om te gaan met gebruikersnaam, wachtwoord, toegangscode en e-mail-adres. Deze 'codes' zijn strikt persoonlijk en de klant moet ze geheimhouden. Een verzoek tot wijziging van de 'codes' kan bij de ISP worden ingediend. Ook is de klant verantwoordelijk voor het gebruik door derden en vermoedelijk oneigenlijk gebruik door derden dient aan de ISP te worden gemeld. De klant dient te zorgen voor beveiliging van zijn PC tegen ongeautoriseerd binnendringen door derden. Op de ISP rust daarentegen een plicht om zijn klanten te informeren over adequate beveiliging van hun PC. De klant is verantwoordelijk voor alle informatie op zijn website. Het is een consument niet zonder meer toegestaan om de dienst, of onderdelen daarvan, door te verkopen aan, of te delen met derden, te verspreiden, of anderszins commerciële activiteiten met behulp van zijn ISP-overeenkomst te ontwikkelen. Het is de klant wel toegestaan door een derde een website te laten ontwerpen, plaatsen en onderhouden.

7.3.3.2 Wijzigingen in relevante gegevens moeten worden meegedeeld

De klant dient wijzigingen in relevante gegevens binnen dertig dagen mee te delen aan zijn ISP. De tijdsaanduiding 'zo spoedig mogelijk' is te vaag. Melding van wijzigingen kan schriftelijk geschieden, dan wel via de website van de ISP of per e-mail. De beginselen integriteit en vertrouwelijkheid staan hier centraal. Relevante gegevens zijn: correcte naam, adres, woonplaats, telefoon en andere informatie die van belang is voor de uitvoering van de overeenkomst. Wanneer uit de overige inhoud van de overeenkomst niet kan worden opgemaakt wat de ISP onder relevante gegevens verstaat kan sprake zijn van een onredelijk bezwarend beding. Wanneer ISP's in hun algemene voorwaarden bepalen dat zij het door de klant opgegeven adres als zodanig mogen blijven beschouwen totdat hen een nieuw adres is meegedeeld, voldoen zij daarmee aan de uitzondering van art. 6:236 sub l BW.

7.3.3.3 Geen hinder en schade toebrengen

Een klant mag niet zodanig gebruik maken van de diensten dat daardoor de juiste werking van de computersystemen van de ISP wordt verhinderd en/of er schade wordt toegebracht aan het systeem, dan wel dat daardoor andere klanten van de ISP of internetgebruikers in het gebruik van de dienst worden gehinderd. Bij deze verplichting staat het beginsel beschikbaarheid centraal. Een beding dat betrekking heeft op het toestaan van hacken moet worden gezien in het licht van de beveiligingsplicht die op een ISP rust.

7.3.3.4 Wet naleven en gedragsregels in acht nemen

Vervolgens is de klant gehouden de wet na te leven en gedragsregels in acht te nemen; de beginselen vertrouwelijkheid en beschikbaarheid zijn hier van toepassing. De klant dient zich te onthouden van:

- spamming;
- inbreuk op intellectuele eigendomsrechten;
- in strijd met wettelijke bepalingen gegevens verspreiden waaronder valt het openbaar maken of verspreiden van kinderpornografie;
- bedreiging, seksuele intimidatie of het op andere wijze lastig vallen van personen;
- hacken;
- diefstal;
- vernieling, beschadiging of onbruikbaar maken van systemen;
- het verspreiden van virussen of het anderszins opzettelijk verstoren van communicatie of gegevensopslag;
- zonder toestemming van derden gegevens van derden veranderen, wissen, onbruikbaar maken dan wel gegevens aan gegevens van derden toevoegen.

ISP's verwijzen veelvuldig met behulp van een hyperlink in de elektronische algemene voorwaarden of via een hyperlink op hun website naar gedragscodes. De regels van gedragscodes beogen niet om regels te stellen die dezelfde rechtskracht hebben als de regels in een overeenkomst. Indien de inhoudelijke betekenis van de gedragscodes verstrekkende gevolgen heeft voor de klant moeten de bepalingen integraal in de algemene voorwaarden worden opgenomen om bindende werking te krijgen. Wanneer een gedragscode geen verstrekkende gevolgen heeft, dient een klant duidelijkheid te verkrijgen over wanneer een gedragscode van toepassing is, en zo ja waar deze te raadplegen is. Vermelding van een bron waar de gedragscode te raadplegen is en een datum zijn daarom noodzakelijk. Voldoende lijkt een redelijke mogelijkheid van elektronische verwijzing tot raadpleging van de Netiquette door middel van een duidelijke hyperlink welke op het eigen systeem van de ISP is opgeslagen die door middel van het aanklikken van de hyperlink de desbetreffende tekst in het Nederlands voor de klant leesbaar maakt en de mogelijkheid bevat om de tekst te printen. Indien er nieuwe versies van deze Netiquette komen dient

dat aan de klanten te worden medegedeeld met de mogelijkheid om op gemakkelijke wijze kennis te kunnen nemen van de nieuwe versie.

7.3.3.5 Toegang tot het systeem mogelijk maken

Daarnaast dient de klant toegang tot het systeem mogelijk te maken. De klant draagt daarom zorg voor de noodzakelijke hard- en software en dient te beschikken over de juiste computerapparatuur, telecommunicatieverbindingen en randapparatuur. Vervolgens dient de klant door hem opgeslagen informatie regelmatig te schonen in verband met het goed functioneren van de diensten. Deze verplichtingen hebben betrekking op het beginsel beschikbaarheid.

7.3.3.6 Hoeveelheid schrijfruimte niet overschrijden

Wanneer een duidelijke grens uitgedrukt in een getal ter limitering van de hoeveelheid schrijfruimte is geplaatst in de algemene voorwaarden, is de klant gebonden aan een bepaalde hoeveelheid schrijfruimte die hij niet zonder toestemming van de ISP mag overschrijden. Een ISP kan indien de in de ISP-overeenkomst genoemde hoeveelheid schrijfruimte door een klant wordt overschreden informatie van een klant verwijderen indien hij de klant hierover van te voren in kennis stelt. Ook deze verplichting heeft betrekking op het beginsel beschikbaarheid.

7.3.4 Aansprakelijkheid

Het is wenselijk dat ISP's een bepaling over aansprakelijkheid in hun algemene voorwaarden opnemen. Er is dan in de praktijk steeds sprake van een exoneratiebeding: een beding in de algemene voorwaarden waarin aansprakelijkheid wordt beperkt of uitgesloten. Daarvan kan sprake zijn in een beding dat de ISP geheel of ten dele bevrijdt van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, dan wel een vrijwaringsbeding, een overmachtbeding (zie paragraaf 7.3.5 'Overmacht') of een prestatiebeperkingsbeding (zie paragraaf 7.3.2 'Verplichtingen van de ISP'). Indien de ISP in algemene voorwaarden zijn verplichtingen beperkt, zal dit een beding zijn dat onder art. 6:237 sub b BW valt en is sprake van een prestatiebeperkingsbeding. Wordt niet de inhoud van de verplichtingen zelf beperkt, maar de aansprakelijkheid bij het niet nakomen van die verplichtingen, dan valt het beding onder art. 6:237 sub f BW. In overeenkomsten met een consument wordt op grond van art. 6:236 sub h BW als onredelijk bezwarend aangemerkt een beding in algemene voorwaarden dat voor het geval bij de uitvoering van de overeenkomst schade aan een derde wordt toegebracht door de ISP of door een persoon of zaak waarvoor deze aansprakelijk is, de klant verplicht deze schade hetzij aan de derde te vergoeden, hetzij

in haar verhouding tot de ISP voor een groter deel te dragen dan waartoe zij volgens de wet verplicht zou zijn.

Een exoneratiebeding in een ISP-overeenkomst dient naast de algemene toetsingscriteria zoals weergegeven in paragraaf 7.1 aan de volgende criteria te worden getoetst om de toelaatbaarheid van een beroep op het exoneratiebeding te kunnen beoordelen.

Ten eerste omstandigheden betreffende de aansprakelijkheid:

- is er sprake van een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid of van een beperkte uitsluiting;
- heeft de aansprakelijkheid betrekking op wanprestatie, onrechtmatige daad of beide;
- holt het exoneratiebeding de hoofdverplichtingen uit;
- wordt aansprakelijkheid beperkt tot een redelijk deel dan wel een fractie van de te verwachten schade;
- is er sprake van een maximum schadebedrag of een vervangende prestatie (herstelkosten);
- wat blijft over van de wettelijke schadevergoedingsplicht;
- wat is de aard van de schade die wordt uitgesloten;
- welke oorzaak ligt aan de schade ten grondslag;
- hebben zich veranderingen in de omstandigheden voorgedaan sinds de totstandkoming van de ISP-overeenkomst;
- is uitsluiting van aansprakelijkheid gebruikelijk;
- is er sprake van een reddend of glijbeding;
- wat zijn de vereisten voor de vestiging van aansprakelijkheid;
- wat is de zwaarte van de schuld?

Ten tweede omstandigheden betreffende de zwaarte van de schuld:

- weet de ISP dat zijn prestatie gebrekkig is;
- heeft een defect tot schade geleden die in geen verhouding staat tot de waarde van de door de ISP geleverde dienst;
- wat is de reden van opneming van het exoneratiebeding;
- wat is het verwachtingspatroon van de klant en welke toezeggingen heeft de ISP gedaan;
- wat is de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen;
- welk gedrag hebben ISP en klant vertoond bij de uitvoering van de overeenkomst;
- wat zijn de houding en gedragingen van de ISP die zich op de exoneratie beroept;
- wat is de mate van onzorgvuldigheid;
- wat is de aard en ernst van de betrokken belangen?

Ten derde overige omstandigheden:

- wat zijn de mogelijkheden van verzekering;
- welke overige omstandigheden van het geval kunnen nog een rol spelen?

Het is duidelijk dat de contractsvrijheid van een ISP wordt beïnvloed door deze factoren. De omstandigheden van het geval bepalen hoever de aansprakelijk-

heidspositie van een ISP in een bepaald geval reikt en in hoeverre de ISP zich op zijn exoneratiebeding kan beroepen.

Een ISP heeft met twee soorten aansprakelijkheid van doen tegenover zijn klanten: aansprakelijkheid voor wat zijn klanten doen tegenover andere klanten of derden en aansprakelijkheid ten aanzien van klanten zelf. Het zal vooral draaien om de vraag welke zorg in de gegeven omstandigheden van de ISP mocht worden verwacht ten aanzien van het voorkomen van schadelijke gevolgen. Deze vraag kan worden onderverdeeld in twee lagen: ten eerste het ontdekken van de desbetreffende normschending, en ten tweede het handelen naar aanleiding van die ontdekking. Deze twee lagen zijn gedeeltelijk uitgewerkt in wetgeving en jurisprudentie. De aansprakelijkheid van een ISP is afhankelijk van de functie(s) die hij uitoefent. De mogelijkheden voor uitsluiting dan wel beperking van aansprakelijkheid verschillen dan ook per functie.

7.3.4.1 Alle of meerdere functies

ISP's kunnen exoneratiebedingen in hun algemene voorwaarden opnemen die betrekking hebben op alle functies. De ISP kan in zijn algemene voorwaarden een vrijwaringsbeding opnemen waarin hij bedingt dat wanneer zijn klant bij gebruikmaking van de diensten voortvloeiend uit de ISP-overeenkomst schade berokkent aan een derde, of wanneer de derde schade berokkent aan de klant, de ISP gevrijwaard is van aansprakelijkheid. Hiermee bewerkstelligt hij dat een derde zich niet op hem zal kunnen verhalen of althans dat hij de bij hem neergelegde vordering kan doorschuiven naar zijn klant. De reden van opneming van deze vrijwaringsbedingen is gelegen in het feit dat ISP's geen verantwoordelijkheid willen dragen voor misbruik of verkeerd gebruik van hun klanten waarbij schade ontstaat aan derden.

Wanneer de ISP's gevallen van opzet en grove schuld buiten de exoneratie houden, worden de exoneratiebedingen in beginsel niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn, maar de omstandigheden van het geval zullen aangeven hoever de aansprakelijkheidspositie van een ISP reikt. ISP's beperken zoveel mogelijk het bedrag waarvoor zij aansprakelijk kunnen worden gesteld. ISP's kunnen vereisten stellen voor het vestigen van aansprakelijkheid, bijvoorbeeld dat een schadeclaim schriftelijk moet worden ingediend bij de ISP binnen een bepaalde termijn. Een aangetekend schrijven daartoe is echter onredelijk bezwarend. De bedingen kunnen betrekking hebben op een algehele exoneratie of op exoneratie voor schade ontstaan door gebruik door derden of omdat de klant niet voldoet aan zijn verplichtingen. Exoneratiebedingen voor schade ontstaan door onvoldoende beveiliging door de ISP en omdat de ISP niet aan zijn verplichtingen voldoet worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

7.3.4.2 Access

Een ISP kan bij het uitoefenen van de functie access aansprakelijk zijn ten aanzien van zijn klanten op grond van tekortkomingen met betrekking tot de techniek. De aansprakelijkheid van een ISP die de functie access uitoefent voorzover het de onrechtmatige verspreiding van informatie met behulp van zijn systeem betreft, is miniem omdat er normaal gesproken geen sprake is van betrokkenheid bij de inhoud en samenstelling van de informatie die zij hun klanten ter beschikking stellen. Wel kan van de ISP worden gevorderd persoonsgegevens te verschaffen bij inbreukmakend P2P-gebruik van klanten. In hoeverre een ISP hiertoe is verplicht, is op grond van de huidige jurisprudentie en ontbrekende wetgeving onduidelijk. Een rechter kan een ISP tot het verschaffen van persoonsgegevens verplichten. Dit hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. Technische tekortkomingen daarentegen kunnen wel aansprakelijkheid veroorzaken als door de tekortkomingen informatie niet meer actueel is. Indien een ISP de informatie op zijn proxy-server niet tijdig 'ververst' kan hij door zijn klanten aansprakelijk worden gesteld op grond van verouderde informatie.

Exoneratiebedingen die schade ontstaan door onvoldoende beschikbaarheid uitsluiten, zijn onredelijk bezwarend voorzover het de beschikbaarheid van het systeem van de ISP betreft omdat de ISP daartoe een inspanningsverplichting op zich neemt. Voorzover het de beschikbaarheid van het internet betreft is een exoneratie met betrekking tot onvoldoende beschikbaarheid tot op zekere hoogte geoorloofd, mits opzet en grove schuld niet worden uitgesloten en er sprake is van herstelkosten. Van de klanten als gebruikers van internettoegangsdiensten wordt verwacht dat zij op de hoogte zijn van het karakter van het internet en de inherente feilbaarheid van netwerken. Exoneratiebedingen die betrekking hebben op schade die het gevolg is van door de ISP aangebrachte wijzigingen in toegangscodes zijn onredelijk bezwarend wanneer de klant niet tijdig op de hoogte wordt gebracht van de wijzigingen. Een exoneratiebeding voor schade ontstaan door netwerken van derden is redelijk omdat de klant naast de ISP-overeenkomst een aparte overeenkomst sluit met een telecommunicatieaanbieder en de ISP alleen verantwoordelijk is voor zijn eigen systeem. Onderhoud aan het systeem van de ISP is van tijd tot tijd noodzakelijk. Een exoneratiebeding over de daarmee verband houdende schade is redelijk. Een voorafgaande bekendmaking van de onderhoudswerkzaamheden aan de klant is evenwel noodzakelijk. Exoneratiebedingen voor schade ontstaan door onvoldoende inbelpunten of schade ontstaan door virussen worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat een ISP over voldoende inbelpunten dient te beschikken, zijn klanten dient te informeren over virussen en daarnaast een waarschuwingsplicht heeft. Exoneratie voor schade aan het kabelmodem wanneer deze wordt gehuurd van de ISP is redelijk.

7.3.4.3 Hosting

Een ISP kan door zijn klant aansprakelijk worden gesteld indien er geen beschikbaarheid is tot de hosting-diensten. Voorzover het beschikbaarheid betreft is sprake van access. Indien toegang tot het systeem van de ISP echter niet mogelijk is om handelingen te verrichten als het wijzigen van informatie door de klant op zijn homepage, kan de ISP daarvoor door de klant aansprakelijk worden gesteld. Vervolgens kan een ISP door zijn klanten aansprakelijk worden gesteld indien er geen sprake is van authenticiteit en integriteit, bijvoorbeeld wanneer de informatie van de klant niet correct wordt weergegeven. Daarnaast kan een ISP door derden of andere klanten aansprakelijk worden gehouden voor de informatie die zijn klant met behulp van zijn servers op het internet beschikbaar stelt. Bij het uitoefenen van de functie hosting is een ISP in staat de inhoud van de op zijn server aanwezige informatie in te zien, aan te passen of te verwijderen. Van een ISP kan worden verwacht dat hij informatie of hyperlinks op zijn computersysteem verwijdert indien hij van het onrechtmatig handelen in kennis is gesteld en aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen.

Indien de beschikbaarheid van de dienst e-mail die de ISP levert in het geding is, bijvoorbeeld in het geval van een computervirus, en de ISP hiervan kennis draagt, dan wel goede redenen heeft om aan te nemen dat zijn server door een virus is geïnfecteerd, is hij tegenover zijn klanten verplicht hier iets aan te doen. Bij de dienst e-mail kan zich een specifiek beschikbaarheidsprobleem voordoen indien het e-mail-netwerk van de ISP wordt overladen met spam-berichten en daardoor beschikbaarheid van de dienst e-mail onmogelijk is geworden. Een ISP dient te voorkomen dat zijn server(s) overbelast raken door virussen, omdat hij dan niet meer kan voldoen aan zijn inspanningsverplichting tot beschikbaarheid van het internet. Een klant moet er daarentegen vanuit gaan dat het nooit om volledige virusbescherming door de ISP kan gaan omdat virussen zich steeds verder ontwikkelen. Met betrekking tot virussen dient een ISP voldoende maatregelen te nemen om te voorkomen dat zijn klant wordt geïnfecteerd.

Het opvragen van persoonsgegevens speelt voornamelijk een rol bij de functie hosting omdat hosting ten doel heeft de informatie van de klant ter beschikking te stellen van een bepaalde groep of zelfs te openbaren. Bij alle vier hosting-diensten kan het opvragen van persoonsgegevens een rol spelen. Indien een ISP de persoonsgegevens van zijn klant ongerechtvaardigd verstrekt kan de ISP door de klant aansprakelijk worden gesteld omdat de vertrouwelijkheid is geschonden. Informatie die ontoegankelijk is gemaakt kan weer terug worden geplaatst op het internet, maar de anonimiteit van een internetgebruiker kan niet meer worden hersteld als die eenmaal is onthuld.

Een ISP doet er verstandig aan om waar mogelijk vrijwaringsverklaringen van zijn klanten te vragen met betrekking tot het gebruik door de klant. Een vrijwaring voor schade ontstaan door inbreuken op intellectuele eigendoms-

rechten van derden door de klant is redelijk. Een vrijwaringsbeding voor schade ontstaan door informatie en activiteiten op de website van de klant is ook redelijk. Deze schade ligt geheel in de sfeer van de klant. Vrijwaring voor schade ontstaan door onrechtmatige tekens, begrippen of namen in het e-mail-adres is redelijk wanneer de klant zijn eigen e-mail-adres samenstelt.

Een exoneratiebeding voor schade ontstaan door onvoldoende beveiliging van door de klant opgeslagen informatie wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn tenzij de ISP tevens aangeeft zich maximaal in te spannen voor beveiliging van de opgeslagen gegevens. Exoneratie voor schade ontstaan door onvoldoende geheimhouding van persoonsgegevens is onredelijk bezwarend. Exoneratie voor schade ontstaan door handelingen van internetgebruikers die geen klant zijn bij de ISP is redelijk. Exoneratie voor schade ontstaan door handelingen van klanten tegenover andere klanten is onredelijk bezwarend, art. 6:196c lid 4 BW is dan van toepassing. Exoneratie voor schade ontstaan door het wijzigingen van het e-mail-adres van de klant is onredelijk bezwarend wanneer de klant daarvan niet tijdig op de hoogte wordt gesteld. Exoneratie voor schade ontstaan door inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht door de klant is redelijk wanneer de ISP de voorwaarden neergelegd in art. 6:196c lid 4 BW in acht neemt. Exoneratie voor schade ontstaan door een storing waardoor gegevens met betrekking tot de website van de klant verloren gaan is onredelijk bezwarend wanneer er geen uitzondering wordt gemaakt voor gevallen van opzet dan wel grove schuld. Exoneratie voor schade ontstaan door het ontzeggen dan wel beperken van de toegang van een klant tot zijn website c.q. e-mail-account is redelijk wanneer het voor de klant kenbaar is waarom hem toegang wordt ontzegd c.q. zijn toegang wordt beperkt. Exoneratie voor schade ontstaan door het verwijderen van informatie van de website van de klant wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

De meeste ISP's hebben in hun algemene voorwaarden bepalingen opgenomen dat ze naar eigen goeddunken pagina's kunnen wissen en niet hoeven in te staan voor de gevolgen daarvan. Het dilemma waarvoor een ISP in deze gevallen wordt geplaatst, is enigszins versmald door de bepaling in art. 6:196c lid 4 BW, maar verschaft de ISP niet voldoende rechtszekerheid. Een vrijwaringsbeding is in deze situatie te adviseren boven een exoneratiebeding dat de ISP geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Een ISP die zich in zijn algemene voorwaarden door middel van een vrijwaringsbeding goed tegen claims van zijn klanten heeft ingedekt, hoeft weinig vorderingen te verwachten. Een wettelijke notice and take down procedure biedt echter meer rechtszekerheid voor beide partijen.

De situatie waarin ISP's zich bevinden wanneer zij dienen te oordelen over een klacht met betrekking tot onrechtmatigheid van een website die zij voor hun klant hosten is complex. De ISP's zullen daarbij steeds twee afwegingen moeten maken:

1) Is er sprake van onmiskenbare onrechtmatigheid op de website? Zijn zij van oordeel dat dat zo is dan dienen zij de betreffende informatie te verwijde-

ren met het risico dat de klant achteraf (wanneer blijkt dat de informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig is) de ISP aansprakelijk kan stellen.
2) Is aannemelijk dat de website onrechtmatig is? Zijn zij van oordeel dat dit zo is dan dienen zij een afweging te maken of zij de informatie verwijderen of overgaan tot het verschaffen van de persoonsgegevens van de betreffende klant met het risico dat zij de privacy en anonimiteit van de klant schenden. Hoewel iedere ISP bij een dergelijke klacht kan besluiten naar de rechter te stappen, lijkt het onwaarschijnlijk dat veel ISP's dat zullen doen wanneer de klachten wekelijks of dagelijks binnenstromen.

Het is niet wenselijk dat een ISP op de stoel van de rechter gaat zitten. Een ISP heeft voor deze afwegingen doorgaans onvoldoende expertise in huis. Een ISP dient daarom alleen verplicht te zijn om informatie te verwijderen dan wel te blokkeren en persoonsgegevens te verschaffen wanneer een rechter hem dit oplegt (art. 6:196c lid 5 BW) of wanneer dit in de wet is bepaald. Hiertoe dient een wettelijke notice and take down procedure in het leven te worden geroepen om meer duidelijkheid en rechtszekerheid te verkrijgen.

7.3.4.4 Extra value

Uitsluiting van aansprakelijkheid voor schade met betrekking tot de domeinnaam is redelijk wanneer er een uitzondering wordt gemaakt in geval van opzet of grove schuld. Vrijwaring voor schade ontstaan door onjuist gebruik van een domeinnaam is redelijk omdat de ontstane schade geheel in de sfeer van de klant ligt.

Bij de dienst helpdesk kan een ISP door zijn klanten aansprakelijk worden gesteld indien er geen beschikbaarheid van de helpdesk is. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn op grond van te lange telefonische wachttijden voordat een klant met een medewerker van de helpdesk wordt doorverbonden of indien er te lang moet worden gewacht voordat een ISP antwoord geeft op een e-mail-bericht gericht aan de helpdesk. Exoneratie voor schade ontstaan door raadpleging van de helpdesk wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

7.3.4.5 Content

Wanneer de ISP op zijn website een questionnaire hanteert met betrekking tot verzoeken om verwijdering van informatie is een vrijwaringsbeding daarin ten opzichte van de verzoeker redelijk. Hierdoor maakt de ISP het aansprakelijkheidsprobleem met betrekking tot hosting kenbaar en beheersbaar, maar het probleem wordt er niet mee opgelost.

Indien een ISP informatie op zijn website plaatst om zijn klanten te informeren moet een klant er van uit kunnen gaan dat de informatie correct is. Is dat niet het geval dan kan een klant zijn ISP aansprakelijk stellen. Een ISP dient

daarnaast flexibel te zijn en mee te gaan met de tijd en de informatie op zijn website zodoende steeds up-to-date te houden.

Een disclaimer op de website van een ISP is een vorm van een exoneratiebeding. Een disclaimer kan zeker zinvol zijn. De juridische waarde van een disclaimer is echter afhankelijk van de vraag of de clausule van toepassing is op de relatie tussen klant en ISP en in hoeverre deze ten opzichte van derden werkt. De toepasselijkheid dient te worden vastgesteld aan de hand van de mogelijkheid die de ISP biedt om van de disclaimer kennis te nemen. ISP's dienen er voor te zorgen dat de disclaimers duidelijk als zodanig herkenbaar zijn en dat zij in begrijpelijke taal zijn gesteld. Daarnaast dient een oordeel over de inhoud plaats te vinden waarbij redelijkheid en billijkheid voorop staan.

7.3.4.6 Aansprakelijkheid van de klant

Door de aansprakelijkheidspositie van de klant in de algemene voorwaarden van de ISP-overeenkomst te regelen kan een ISP invloed uitoefenen op zijn eigen aansprakelijkheidspositie. De bepalingen betreffen doorgaans de volgende situaties: de klant is aansprakelijk voor schade toegebracht door hemzelf of door hem geautoriseerde gebruikers, de klant is aansprakelijk voor schade omdat de klant zich niet houdt aan gedragsregels, de klant is aansprakelijk voor schade ontstaan door gebruik via zijn aansluiting en de klant is aansprakelijk voor schade ontstaan door het niet meedelen van wijzigingen in relevante gegevens. Deze bedingen worden niet vermoed onredelijk bezwarend te zijn wanneer ze voldoende duidelijk zijn geformuleerd zodat het voor de klant helder is wat de ISP bedoelt. Vrijwaringsbedingen waarin de klant wordt gevrijwaard voor schade ontstaan door ter beschikking gestelde software van de ISP zijn redelijk, ook wanneer daarbij wordt geëist dat de klant aan bepaalde voorwaarden voldoet.

Wat betreft de mogelijkheden voor beperking en uitsluiting van aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten concludeer ik het volgende. De aansprakelijkheid van een ISP is afhankelijk van de functie(s) die hij uitoefent. De exoneratiebedingen die ISP's hanteren in hun algemene voorwaarden voldoen over het algemeen aan het geldend recht. ISP's kunnen hun aansprakelijkheidspositie gedeeltelijk regelen in hun algemene voorwaarden en zo door middel van contractsvrijheid invloed uitoefenen op hun aansprakelijkheidspositie. Aansprakelijkheid kan een ISP echter nooit volledig uitsluiten. Het feit dat (een bepaalde vorm van) exoneratie in de ISP-branche voorkomt, wijst op een bestaande behoefte aan exoneratie. Kennelijk wordt exoneratie als een noodzaak ervaren door ISP's, ook gezien de spagaatpositie waarin zij zich bevinden met betrekking tot de functie hosting en de internetmarkt die nog steeds in ontwikkeling is. Van een beperking van strafrechtelijke aansprakelijkheid is sprake wanneer de ISP aansprakelijk zou kunnen zijn voor strafbare feiten van zijn klanten.

Het antwoord op de vraag of een beroep van een ISP op een exoneratiebeding wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid ongeldig is, zal telkens afhangen van de precieze feiten en omstandigheden van het geval. De aansprakelijkheidspositie van de ISP is kenbaar voor de consument in die zin dat de consument een exoneratiebeding in de algemene voorwaarden van zijn ISP kan verwachten. Vanuit de consument bezien zullen de door de ISP's gehanteerde exoneratiebedingen echter nauwelijks aandacht hebben en pas wanneer zich problemen voordoen worden gelezen. In de meeste gevallen zal dit dan betrekking hebben op de functie hosting.

7.3.5 Overmacht

Het is mogelijk dat ISP's een bepaling omtrent overmacht in hun algemene voorwaarden opnemen. De aangetroffen overmachtbedingen hebben allemaal betrekking op de functie access maar uiteindelijk heeft overmacht gevolgen voor alle functies die de ISP verricht. De reden van opneming van een overmachtbeding is gelegen in het feit dat honderd procent beschikbaarheid niet realiseerbaar is. Van overmacht is sprake wanneer een ISP niet in staat is om zijn verplichtingen na te komen en bovendien sprake is van een niet aan de ISP toerekenbare tekortkoming. Wanneer sprake is van overmacht vervalt voor de ISP de verplichting tot nakoming. Indien nakoming door overmacht gedurende een bepaalde termijn wordt verhinderd, dient de klant maar ook de ISP de mogelijkheid te hebben om de overeenkomst te ontbinden (zie paragraaf 7.2.2 'Duur en beëindiging'). Bedingen die de ISP het recht geven de overeenkomst te ontbinden in geval van overmachtsituaties dienen specifiek te worden getoetst aan art. 6:237 sub d BW omdat de ontbindingsgronden van de ISP op deze wijze niet onredelijk bezwarend mogen worden verruimd. De overmachtsituaties moeten dus redelijke omstandigheden aan de zijde van de ISP betreffen, anders is ontbinding onredelijk bezwarend. Het opnemen van een overmachtbeding in de algemene voorwaarden met daarin een niet limitatieve opsomming van overmachtomstandigheden is redelijk. De overmachtsituaties mogen echter niet ruimer worden gesteld dan art. 6:75 BW doet, anders is er sprake van een (vermoedelijk) onredelijk bezwarend beding op grond van art. 6:237 sub f BW. Ook is denkbaar om overmachtbedingen aan te tasten met een beroep op art. 6:237 sub b BW, aangezien er een deel van de hoofdverplichting van de ISP kan zijn aangetast. In de praktijk blijkt dat de ISP in zijn algemene voorwaarden vaak minder strenge eisen stelt aan een door hem te doen beroep op overmacht. Zo staan in een aantal bedingen woorden als 'redelijkerwijs'. Dat wil zeggen dat de ISP overmacht aanwezig acht indien nakoming van de overeenkomst door de ISP redelijkerwijs niet kan worden gevergd. Soms bepaalt de ISP daarbij nog dat het oordeel over de vraag of nakoming door de ISP redelijkerwijs niet meer kan worden verlangd aan de ISP is. In dat geval is sprake van een subjectief beding dat onredelijk bezwarend is. Ook brengen

algemene voorwaarden overmacht nogal eens in verband met (alle) omstandigheden die nakoming van de overeenkomst bezwaren, of waardoor het niet meer mogelijk is om op normale wijze te presteren. In een aantal algemene voorwaarden ziet de omschrijving van overmacht tevens op al dan niet voorzienbare omstandigheden. Uiteindelijk zal concreet – aan de hand van de omstandigheden van het geval – moeten worden bepaald of een bepaalde in de algemene voorwaarden opgesomde omstandigheid of gebeurtenis ook daadwerkelijk overmacht oplevert.

7.3.6 Sanctiemogelijkheden

Het komt voor dat ISP's sancties vaststellen die zij kunnen opleggen wanneer hun klanten niet aan de hen opgelegde verplichtingen voldoen. Redenen kunnen zijn: het niet nakomen van betalingsverplichtingen, schuldsanering en beslaglegging. Een ISP kan zijn klant echter geen sanctie opleggen wanneer een klant niet voldoet aan gedragsnormen die zijn opgenomen in een gedragscode die geen onderdeel uitmaakt van de ISP-overeenkomst (zie paragraaf 7.3.3.4 'Wet naleven en gedragsregels in acht nemen'). De bevoegdheid tot opschorting is op zijn plaats als de ISP een redelijk vermoeden van misbruik van de diensten heeft. De overeenkomst ontbinden voor een vermoeden dat de klant in strijd handelt met één van de bepalingen van de algemene voorwaarden is onredelijk bezwarend. Indien mogelijk dient de ISP de klant voorafgaand aan het treffen van de maatregelen op de hoogte te stellen. Een opgelegde sanctie laat de betalingsverplichtingen van de klant onverlet. Een boetebeding waarin een onmiddellijk opeisbare boete staat vermeld als sanctiebepaling in een ISP-overeenkomst is onredelijk bezwarend voor de klant gezien de aard en de overige inhoud van de ISP-overeenkomst. Een ISP kan wel de volgende sanctiemaatregelen aan zijn klant opleggen.

7.3.6.1 Termijn met voorwaarden

De ISP kan een nadere termijn vaststellen waarbinnen de klant alsnog aan zijn verplichtingen dient te voldoen. Daarbij dienen de aanwijzingen van de ISP te worden opgevolgd en kan de ISP nadere voorwaarden stellen.

7.3.6.2 Extra kosten in rekening brengen

Een ISP kan aan zijn klant extra kosten in rekening brengen, indien de ISP kosten heeft gemaakt op grond van het niet voldoen van een klant aan zijn verplichtingen.

7.3.6.3 Opschorting

De ISP kan de aansluiting van de klant tijdelijk buiten gebruik stellen dan wel de klant de toegang tot zijn systeem ontzeggen of de toegang blokkeren of beperken. Ook het gebruik van de dienst(en) kan tijdelijk worden beperkt. In deze gevallen schort de ISP zijn verbintenis op. Wanneer de ISP zich op een opschortingsrecht beroept moet hij duidelijk te kennen geven alsnog van de klant nakoming te verlangen. Opschorting heeft betrekking op de functie access en/of hosting. Het hangt van de ernst van de situatie af of opschorting onmiddellijk, zonder aankondiging kan plaatsvinden. In de meeste gevallen zal een aankondiging van de ISP op zijn plaats zijn indien dat in redelijkheid van de ISP kan worden verlangd, zodat de klant duidelijkheid verkrijgt over de vraag waarom zijn internettoegang of een andere dienst buiten gebruik is gesteld. Op een ISP rust de zorgplicht om over voldoende capaciteit voor zijn klanten te beschikken, zodat de klanten de diensten kunnen gebruiken. De capaciteit van een ISP is echter niet door een klant na te gaan. Het (tijdelijk) ontzeggen dan wel beperken of uitvallen van toegang zal daarom in veel gevallen onredelijk bezwarend zijn.

Een ISP kan de uitvoering van de overeenkomst opschorten op grond van het feit dat de kredietwaardigheid van de klant twijfelachtig is, de klant zijn betalingsverplichting niet nakomt of indien de klant in strijd handelt met de algemene voorwaarden. Samenhang tussen vordering en verbintenis moeten de opschorting rechtvaardigen, anders is opschorting niet mogelijk. De opschortingsgronden dienen zodoende duidelijk te zijn, de omstandigheden van het geval zijn uiteindelijk bepalend. Art. 6:236 sub c BW strekt ertoe de uitsluiting of beperking van volgens de wet aan de klant toekomende opschortingsrechten, en uitbreiding van opschortingsrechten van de ISP te verbieden.

Gedurende een opschorting is het redelijk dat de klant zijn vergoeding verschuldigd blijft. De prijs is immers een kernbeding van de ISP-overeenkomst en de tegenprestatie van de ISP blijft bestaan. Zodra een klant alsnog aan zijn verplichtingen voldoet en zich houdt aan bepaalde voorwaarden kan een ISP overgaan tot heringebruikstelling.

7.3.6.4 Ontbinding

De zwaarste sanctie die de ISP kan toepassen, is de overeenkomst geheel of gedeeltelijk ontbinden.

7.3.6.5 Andere maatregelen

Naast de hierboven genoemde maatregelen kan de ISP andere maatregelen treffen die hem opportuun voorkomen. Onder bepaalde omstandigheden kunnen zulke maatregelen wellicht een meer passende sanctie zijn gezien de

omstandigheden van het geval. Hierbij kan gedacht worden aan een waarschuwing of nader toezicht door de ISP.

7.3.6.6 Redelijkheid sanctie

Of een sanctie redelijk is zal altijd afhangen van de omstandigheden van het geval. Een ISP zal steeds een redelijke afweging moeten maken voordat hij een bepaalde sanctiemaatregel gaat toepassen. ISP's geven zichzelf een discretionaire bevoegdheid. Deze bevoegdheid staat tegenover de vraag of de klanten wel altijd aan hun verplichtingen kunnen worden gehouden. Een sanctiemogelijkheid is onredelijk bezwarend wanneer een motief voor het opleggen van de sanctie niet door de ISP wordt gegeven en de klant niet door de ISP in kennis wordt gesteld van de opgelegde sanctie. Art. 6:236 sub d BW heeft betrekking op de beoordeling van de tekortkoming van de ISP (subjectief criterium) en kan een rol spelen bij de bedingen waarin de ISP zijn sanctiemogelijkheden heeft opgenomen. Dat de ISP ter zijner keuze de mogelijkheid heeft een bepaalde sanctie op te leggen, acht ik niet onredelijk bezwarend omdat deze het oog heeft op het – mede ten aanzien van andere klanten – functioneren van het systeem.

7.3.7 Privacy

Het is van belang dat de geheimhouding van persoonsgegevens en het dataverkeer in de algemene voorwaarden worden geregeld. Deze bepalingen kunnen betrekking hebben op de opname van persoonsgegevens in een klantenbestand ten behoeve van administratie en beheerstaken, de verstrekking van persoonsgegevens aan derden, de geheimhoudingsplicht en het naleven van de privacywetgeving. Naast de algemene voorwaarden kunnen ISP's privacyverklaringen hanteren. Het hanteren van een privacyverklaring op de website is aan te bevelen op grond van de WBP. Een klant zal de privacyverklaring bij het aangaan van de ISP-overeenkomst moeten aanvaarden wanneer daarin verplichtingen aan de klant worden opgelegd. Een klant zal uitdrukkelijk toestemming moeten geven voor gebruikmaking van zijn persoonsgegevens door zijn ISP voor marketingdoeleinden. Van toestemming is geen sprake indien slechts de algemene voorwaarden waarin een toestemmingsbepaling is opgenomen, worden aanvaard. Het gaat dan hooguit om een gefingeerde verklaring, waarbij van een expliciete of impliciete toestemming geen sprake kan zijn. Tegen het feit dat persoonsgegevens voor marketing doeleinden worden gebruikt verzet de WBP zich niet, wel tegen de manier waarop dit gebeurt. Een ISP moet zijn klant voor het geven van de toestemming zo informeren dat de klant begrijpt waarvoor hij toestemming geeft. Daarbij is van belang in hoeverre de klant expliciet dan wel impliciet door zijn gedrag heeft laten

blijken met de verwerking van zijn persoonsgegevens, en daarmee een inbreuk op zijn privacy, in te stemmen.

7.4 AANBEVELINGEN

Uit onderzoek van de Consumentenbond naar de tevredenheid en beoordeling van ISP's is gebleken dat de consument over het algemeen tevreden is over zijn ISP. Het gebruikersgemak van de ISP, het installatiegemak van de aansluiting, de snelheid van de verbinding, de betrouwbaarheid en de facturering worden als goed beoordeeld. De consument in Nederland is niet erg tevreden over de dienstverlening van ISP's wat betreft het functioneren van de telefonische en online helpdesk (klantenservice en technische ondersteuning) en de beëindiging van de overeenkomst bij de overstap naar een andere ISP. De Consumentenbond wil naar aanleiding van het onderzoek in overleg met de ISP's standaard algemene voorwaarden en een geschillencommissie voor de ISP-branche tot stand laten komen. Het belang van dit boek in Nederland is daarmee aantoonbaar.

Voor een groot gedeelte voldoen de algemene voorwaarden van de vijftien onderzochte ISP's aan het geldend recht. De positie tussen ISP en consument is echter niet altijd zorgvuldig geregeld. Er is nu niet altijd sprake van een redelijke en evenwichtige contractuele verhouding tussen ISP's en hun klanten. De consument-klant dient voldoende beschermd te worden tegen de aanbieder van de nieuwe soorten van dienstverlening. Bij de ISP ligt een zekere verantwoordelijkheid om zijn klanten te beschermen, maar er ligt ook een zekere verantwoordelijkheid bij de klant. Duidelijke en begrijpelijke formuleringen in algemene voorwaarden zijn daarom van essentieel belang. De verplichtingen van de klant en de verplichtingen van de ISP vormen samen met de bepalingen over diensten en beheer de belangrijkste inhoud van de ISP-overeenkomst. De vraag in hoeverre en waarvoor aansprakelijkheid door een ISP kan worden uitgesloten en voor welke schade een ISP zijn klant aansprakelijk kan houden is in grote mate afhankelijk van deze bepalingen. De wenselijke opbouw weergegeven in de voorgaande paragrafen beveel ik ISP's aan, terwijl ten aanzien van de inhoud van de algemene voorwaarden die ISP's tegenover consumenten hanteren verschillende aanbevelingen zijn geformuleerd. Het hanteren van één pakket algemene voorwaarden voor zowel de B2C als de B2B markt is niet wenselijk.

Vanuit juridisch oogpunt kan de algemene informatieverstrekking door ISP's van hun elektronische algemene voorwaarden duidelijker en helderder. Een algemene aanbeveling aan ISP's is om een link 'algemene voorwaarden' duidelijk en vindbaar op hun portal-site c.q website te plaatsen en te verzorgen dat de algemene voorwaarden vervolgens eenvoudig via deze link zijn te raadplegen. Dit is eenvoudig te verwezenlijken. De link dient steeds te verwijzen naar dezelfde versie van de algemene voorwaarden. Door middel van

het klikken op de link verschijnen de algemene voorwaarden in een nieuw window. Vervolgens moeten de algemene voorwaarden eenvoudig kunnen worden geprint (op A-vier formaat) – bijvoorbeeld met behulp van een printknop c.q. printbare versie – of op de harde schijf van de PC van de klant kunnen worden opgeslagen. Ik beveel daarom aan om de artikelen onder elkaar op een pagina te plaatsen en niet ieder artikel uit de algemene voorwaarden op een aparte pagina c.q. in een apart window. Verder komt het de duidelijkheid ten goede als de algemene voorwaarden aanvangen met een inhoudsopgave.

Op een ISP rust op grond van de wet overeenkomsten op afstand de informatieplicht om een consument voor of bij het sluiten van de overeenkomst te informeren over het recht om de overeenkomst kosteloos binnen zeven werkdagen te ontbinden. Het informeren dient *schriftelijk* te geschieden. Aangezien dit een belemmering vormt voor het elektronisch sluiten van een overeenkomst tot het verrichten van diensten dient op dit vormvereiste een wettelijke uitzondering te worden gemaakt in geval van een overeenkomst tot het verrichten van elektronische diensten. Een ISP kan dan aan de informatieplicht voldoen door de klant op de website voor of bij het sluiten van de overeenkomst te informeren over het ontbindingsrecht. Een advies aan de ISP is om bij het invullen van de persoonsgegevens een aspirant-klant ook te vragen naar een reeds bestaand e-mail-adres, bijvoorbeeld een hotmail-adres of een zakelijk c.q. werk e-mail-adres. Het vormvoorschrift *schriftelijk* neergelegd in art. 7:46c lid 2 sub b BW dient dan zo te worden uitgelegd dat ook een e-mailbericht hieraan voldoet.

ISP's plegen zich niet te verbinden tot een feilloze beschikbaarheid van internetdiensten, een ISP kwalificeert zijn verplichtingen daarom als inspanningsverplichtingen. Echter, ISP's zouden zich moeten verplichten tot het behalen van een kwaliteitsniveau dat in een percentage het deel van de tijd aangeeft waarin de overeengekomen internetdienst daadwerkelijk ter beschikking van de klant moet staan. Een ISP verricht dan een resultaatsverbintenis waarbij 'beschikbaarheid' het centrale begrip is. Juist omdat access het fundament vormt van de ISP-overeenkomst, is het van groot belang dat de desbetreffende ISP een grote mate van beschikbaarheid waarborgt, bij voorkeur hard gemaakt door contractuele garanties. Dit komt het vertrouwen van de consument in de activiteiten op de markt van internetdiensten ten goede. Het is daarom wenselijk dat de ISP een minimum kwaliteitsniveau (SLA) in zijn algemene voorwaarden voor de consumentenmarkt opneemt. De ISP zal moeten aangeven wat de mogelijkheid voor de klant is om van de diensten gebruik te maken (bijvoorbeeld door middel van een beschikbaarheidspercentage) en hoe en op welke wijze hij om zal gaan met incidenten c.q storingen die zich kunnen voordoen tijdens de dienstverlening. De ISP zal de tijd moeten aangeven waarbinnen hij een incident c.q. storing zal hebben opgelost, zodat de overeengekomen functionaliteit van de diensten weer volledig en naar behoren beschikbaar is.

Over de (inhoudelijke) betekenis van de gedragscodes waarnaar ISP's in hun overeenkomsten verwijzen dient eenduidigheid (transparantie) te komen. In het bijzonder de inhoud van fair use/acceptable use policies en privacyverklaringen is vergaand want er staan meestal sancties tegenover. Om te bewerkstelligen dat gedragsregels onlosmakelijk onderdeel uitmaken van algemene voorwaarden moeten ISP's de gedragsregels integraal in de algemene voorwaarden opnemen, of ze dienen naast de algemene voorwaarden door de klant te worden aanvaard. Over welke betekenis de Netiquette inhoudelijk heeft voor de ISP-overeenkomst heerst onduidelijkheid. De Netiquette als zodanig kan beter worden toegepast dan nu gebeurt. De Nederlandse vertaling van de Netiquette door de NLIP was daartoe een goed initiatief, maar is nog niet voldoende. Het initiatief dient daarom verder te worden uitgewerkt.

Het is niet gebleken dat de door de onderzochte ISP's gehanteerde algemene voorwaarden zodanig veel op elkaar lijken dat we er daarmee zijn en een pakket algemene voorwaarden in het kader van de SER en Consumentenbond niet meer wenselijk is. Nu de ISP's het wenselijk achten zich aan te sluiten bij de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC) is het ook wenselijk dat er een pakket algemene voorwaarden komt. Aansluiting bij de SGC is anders niet mogelijk. Binnen het verband van de SER Commissie voor Consumentenaangelegenheden (CCA) dienen ISP's daarom te komen tot heldere algemene voorwaarden waaruit duidelijk kan worden opgemaakt wat consument en ISP van elkaar mogen verwachten, zonder dat de mededinging wordt belemmerd. Een mogelijkheid voor een te hanteren exoneratiebeding is een drempelbedrag zodat de consument niet voor luttele schadebedragen bij zijn ISP zal aankloppen en een maximum schadebedrag dat een ISP per gebeurtenis zal vergoeden. Tevens dient er voor ISP's een geschillenregeling, met voorkeur voor een bindend advies regeling, te komen die wordt gekoppeld aan de SGC, zodat geschillen onafhankelijk kunnen worden beslecht door een laagdrempelige instantie.

Ter verduidelijking van de aansprakelijkheidspositie van de ISP bij de functie hosting dient er een wettelijke notice and take down procedure te komen. Daarin moet een wettelijke vrijwaring voor ISP's worden gerealiseerd waneer een ISP wordt verzocht informatie te verwijderen en /of persoonsgegevens te verschaffen. De wetgever geeft de voorkeur aan zelfregulering op dit gebied. De afgelopen jaren is echter gebleken dat dit niet haalbaar is. Nu een wettelijke grondslag voor een notice and take down procedure ontbreekt, betekent dit dat derden die schade lijden zich van een dergelijke procedure niets hoeven aan te trekken. Het is daarom wenselijk dat de wetgever overgaat tot het realiseren van een wettelijke notice and take down procedure. Wanneer de ISP aan de hand van de ontvangen klacht twijfelt over de (on)rechtmatigheid van de informatie dient de informatie online te blijven totdat een rechter hierover heeft beslist. ISP's moeten klachten altijd doorsturen aan de desbetreffende klant en een redelijke termijn (twee weken) hanteren voor het geven van antwoord aan de indiener van de klacht. Blijft een reactie van de klant

uit, dan zou een ISP alleen moeten ingrijpen als hij onmiddellijk gevaar, onmiskenbare onrechtmatigheid of aantoonbare grote financiële schade verwacht. Jurisprudentie wijst er op dat het geheel van de omstandigheden van het geval afhangt of een ISP door de rechter wordt verplicht om persoonsgegevens af te staan. Wanneer de ISP aan de hand van een ontvangen klacht twijfelt over het verschaffen van persoonsgegevens dienen deze niet te worden verstrekt totdat een rechter hierover heeft beslist. Transparantie is met betrekking tot deze onderwerpen cruciaal. ISP's moeten de reeds door hun gehanteerde notice and take down procedure publiceren. Statistieken over notice and take down en gevolgen daarvan kunnen het probleem beter onder de aandacht brengen en leiden tot een wenselijke oplossing. De huidige plannen (*Kamerstukken II* 2004/05, 28 197, nr. 22) voor een notice and take down procedure voorzien niet in hoor en wederhoor en onafhankelijke arbitrage, en hollen daarmee de online uitingsvrijheid uit. Bovendien is een volgens het huidige plan bedoeld meldpunt niet realiseerbaar met behulp van de bezetting van een aantal deskundige beoordelaars. In dit verband merken wij op dat er meer fundamenteel onderzoek moet worden verricht naar efficiënte en doeltreffende filtersystemen.

Het is wenselijk dat een ISP-overeenkomst wordt aangegaan voor onbepaalde tijd, met de mogelijkheid van een minimumlooptijd (maximaal een jaar) waarin de overeenkomst niet opzegbaar is. Na afloop van de minimumlooptijd is de overeenkomst dan steeds met inachtneming van een opzegtermijn van maximaal drie maanden opzegbaar. Het is bovendien wenselijk dat wanneer een consument wil overstappen naar een andere ISP, de consument niet zelf die overstap hoeft te regelen, maar de nieuw gekozen ISP het opzeggen en afhandelen van de oude overeenkomst (administratieve en technische handelingen) uit handen neemt. Het is denkbaar dat een klant de ISP-overeenkomst slechts gedeeltelijk wil beëindigen. Indien een klant een overeenkomst met een ISP heeft gesloten waarbij de ISP alle vier de functies (access, hosting, extra value en content) uitoefent, kan een klant na een periode besluiten dat hij alleen nog gebruik wil maken van de functie access bij de betreffende ISP, en de overeenkomst voor het overige gedeelte wil beëindigen. ISP's dienen voorbereid te zijn op ontwikkelingen in deze zin in de (nabije) toekomst.

Het belang van internet is enorm. Wereldwijd maken miljoenen mensen tegenwoordig gebruik van het internet. Het consumentengebruik van het internet is in korte tijd gemeengoed geworden. Het internet is onderdeel van de media. Media zijn de middelen tot overdracht en verspreiding van kennis en informatie. Het zijn communicatiemiddelen bij uitstek. Diverse communicatiemiddelen bevinden zich in het proces van convergeren. Op het gebied van informatie- en communicatietechnologie (ICT) wordt met convergentie speciaal het fenomeen bedoeld dat verschillende technologieën en marktpartijen naar elkaar toe groeien. Vroeger was er duidelijk een onderscheid tussen het telefonienetwerk dat specifiek betrekking heeft op gerichte point to point communciatie, het televisienetwerk en het radionetwerk die specifiek zijn gericht op

ongerichte point to multipoint communicatie en andere netwerken voor gegevensoverdracht (content verspreiden). Door toedoen van het internet protocol (IP) en het leggen van (transatlantische) glasvezelkabels kunnen deze verschillende communicatiediensten in toenemende mate gebruik maken van dezelfde netwerken. Een goed voorbeeld hiervan is het zogenaamde voice over IP (VOIP), oftewel telefonie via internet. Ook het feit dat men tegenwoordig televisie over internet (TV via ADSL, digitale TV) kan kijken valt hieronder. Convergentie, oftewel het combineren van spraak en data over dezelfde op IP gebaseerde infrastructuur. Elektronische communicatie wordt steeds meer digitaal. Digitale elektronische communicatie is beter te beheersen, beter te bewerken en kost ook minder opslagruimte. Digitalisering is dan ook één van de belangrijkste oorzaken van de voortgaande ontwikkeling van convergentie van de traditioneel gescheiden sectoren van media.

2006 is het jaar van de convergentie van verschillende media: bellen, internetten, TV-kijken en radio luisteren in één abonnement bij één provider, ISP-branche wordt IP-branche. Vaste telefonie is naar verwachting binnen enkele jaren vrijwel volledig opgeslokt door VOIP. Daarmee zal telefonie internet worden. Ook mobiele telefonie is aan het overgaan op internetgedreven technologie (zoals UMTS). Daarnaast zal TV internet worden. Er zullen nog meer nieuwe diensten ontstaan, bijvoorbeeld TV programma's betalend aanbieden via internet (TV on demand).

Ik ben van mening dat de consument is gebaat bij de huidige ontwikkelingen op de markt. Door de convergentie worden consumenten steeds machtiger. De keuzevrijheid van consumenten wordt vergroot, zij bepalen wanneer ze welke dienst, waar en hoe willen gebruiken. Om op iedere situatie en ieder gebruiksmoment in te kunnen spelen is een multi-disciplinaire en interactieve benadering nodig zodat diensten telkens kunnen veranderen. Door de convergentie onstaat er concurrentie op markten waar in het verleden weinig effectieve marktwerking mogelijk bleek. Daarnaast leveren nieuwe combinaties van diensten een stimulans op voor innovatie.

Wellicht dat de functies in de toekomst, zoals nu het geval is, niet meer door één ISP worden uitgeoefend, maar door meerdere ISP's. Door het ontstaan van nieuwe diensten – met name met betrekking tot de functie extra value – zullen er wellicht verschillende pakketten algemene voorwaarden voor verschillende functies en diensten ontstaan. De verhouding van de verschillende pakketten algemene voorwaarden zou dan voor problemen kunnen zorgen. Het uitoefenen van diensten is immers afhankelijk van beschikbaarheid, de functie access. Een probleem is echter dat de consument dan met algemene voorwaarden van verschillende partijen van doen heeft. Een rangordebepaling tussen verschillende pakketten algemene voorwaarden zal dan duidelijkheid kunnen bieden. Hoe het er nu naar uit ziet worden voortdurend meer diensten door één ISP aangeboden en is het proces van convergentie in volle gang waardoor dit probleem zich de eerste tijd nog niet zal voordoen. Aansprakelijkheden die zich nu bij andere intermediairs voordoen – telecommunicatieaanbie-

ders, kabelexploitanten – worden belangrijker voor ISP's, nu zij deze diensten ook gaan aanbieden. Wijzigingen in algemene voorwaarden zullen door deze ontwikkelingen veelvuldig voorkomen. De aansprakelijkheidsbepalingen in de algemene voorwaarden zullen uitgebreider worden nu ze op meerdere diensten betrekking zullen hebben.

Noodzakelijkerwijs geeft het onderzoek een tijdgebonden beeld weer. De functionele benadering voor de overeenkomst tussen ISP en consument zoals uiteengezet in dit onderzoek is robuust en technologieonafhankelijk. De algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik zullen ook in het convergentieproces een belangrijke rol blijven spelen. De analyse met het begrippenkader in dit onderzoek blijven daarom ook hanteerbaar in de toekomst.

Samenvatting

De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten

Om gebruik te kunnen maken van het internet sluit een consument een overeenkomst met een ISP. Daarbij maken ISP's veelal gebruik van algemene voorwaarden. Dit onderzoek betreft zowel een beschouwing van ISP-overeenkomsten op de B2C-markt als een voorstel voor algemene voorwaarden die voor beide partijen redelijk zijn. Onderzocht is wat het wettelijk raamwerk is waarbinnen ISP's hun overeenkomsten sluiten, in welke mate ISP's in de praktijk binnen dit wettelijk raamwerk opereren en meer specifiek hoe de aansprakelijkheid is geregeld.

Hoofdstuk 2 begint met het in kaart brengen van de functies en diensten die ISP's verrichten om het begrip ISP en de daarmee samenhangende diensten en aansprakelijkheden te verduidelijken. Dit wordt mede gedaan aan de hand van een praktijkanalyse van de inhoud van vijftien Nederlandse overeenkomsten tussen verschillende ISP's en hun niet-zakelijke klanten. Deze vijftien overeenkomsten zijn gebruikt als feitelijk referentiemateriaal. Een integrale analyse is in de bijlage opgenomen.

'Internet Service Provider' (ISP) is het begrip voor iemand die internetdiensten aanbiedt. Deze diensten kunnen als volgt worden onderscheiden: internettoegang, website, e-mail, nieuwsgroep en chat. Daarnaast bestaan keuzemogelijkheden zoals een helpdesk, registratie van een domeinnaam en het verschaffen van anti-virussoftware. Aan deze diensten zijn verschillende functies te onderscheiden: access, hosting, extra value en content. Deze functies zijn de basiscategorieën van de dienstverlening door ISP's en maken het mogelijk ISP-overeenkomsten ordelijk te benaderen. Daarnaast vormen de algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik – beschikbaarheid, vertrouwelijkheid, integriteit, authenticiteit, flexibiliteit en transparantie – een handvat om ISP-overeenkomsten, voor wat betreft de normatieve elementen daarvan, te ordenen.

Access is het aan een klant de technische faciliteit verschaffen om via het systeem van de ISP toegang te verkrijgen tot het internet. Hosting is het aan de klant de mogelijkheid verschaffen om op de ISP-server(s) informatie van en voor derden toegankelijk te maken. Hieronder vallen: website, e-mail, nieuwsgroep en chat. Extra value betreft het verrichten van diensten die een meerwaarde betekenen voor de klant ten opzichte van access en hosting. Een ISP kan bijvoorbeeld op verzoek van een klant een domeinnaam registreren of zijn klant een mogelijkheid bieden om voor ondersteuning gebruik te maken

van een helpdesk. Onder extra value wordt ook begrepen de mogelijkheid om klachten over onrechtmatige informatie te kunnen deponeren, informatie te filteren of anti-virussoftware en filterprogrammatuur ter beschikking te stellen. Het aanbieden van content betreft het aanbieden van inhoudelijke informatie op het internet. In dit geval gaat het om informatie afkomstig van de ISP zelf. De inhoud, het ontwerp, de inrichting en de ordening van informatie op de portal-site c.q. website van de ISP vallen onder de verantwoording van de ISP. De functie content dient in samenhang te worden gezien met de functies access, hosting en extra value en speelt een rol bij het elektronisch en op afstand tot stand komen van de ISP-overeenkomst via een website. Daarnaast kan content een rol spelen met betrekking tot informatie ter verduidelijking van de overeenkomst, bijvoorbeeld indien de algemene voorwaarden worden gewijzigd, of berichten over het tijdstip waarop er onderhoudswerkzaamheden aan het ISP-netwerk noodzakelijk zijn.

Hoofdstuk 3 laat zien hoe ISP-overeenkomsten via het internet totstandkomen: de precontractuele fase. Daarbij staat het elektronisch en op afstand contracteren via een website centraal, waarbij ook op het elektronisch verstrekken van algemene voorwaarden wordt ingegaan.

Een ISP-overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Op de website kan sprake zijn van een uitnodiging tot het doen van een aanbod of van een aanbod. Via de website van een ISP kunnen ISP-overeenkomsten langs elektronische weg en op afstand totstandkomen. Een ISP dient dan te voldoen aan de bepalingen uit het BW en de TW. Daaruit vloeien informatieplichten voort waaraan sancties zijn verbonden. De betreffende informatieplichten hebben zowel betrekking op de hoedanigheid van de ISP, het sluiten van de overeenkomst en op de uitvoering van de overeenkomst. Al deze informatieplichten hebben tot doel transparantie in ISP-overeenkomsten te bewerkstelligen. Zij spelen vooral een rol in de precontractuele fase. De nietnakoming daarvan kan pas gevolgen meebrengen wanneer de ISP-overeenkomst tot stand is gekomen. De ISP dient de informatie tijdig voor het sluiten van de overeenkomst op duidelijke en begrijpelijke wijze te verstrekken. Hieraan wordt niet voldaan door de betreffende informatie in de algemene voorwaarden op te nemen; de informatie dient op de website van de ISP te worden vermeld. De TW legt ook nog de verplichting op om de informatie in de overeenkomst zelf op te nemen.

De wetgever heeft bij overeenkomsten op afstand voornamelijk gedacht aan zaken als object van de overeenkomst. Aan de consequenties voor het verrichten van diensten is onvoldoende aandacht besteed.

Ook de toepasselijkheid van elektronische algemene voorwaarden is wettelijk geregeld. De algemene voorwaarden dienen duidelijk via de website raadpleegbaar te zijn – bij voorkeur met behulp van een hyperlink – met een goede mogelijkheid er doorheen te scrollen. Vervolgens moet er de mogelijkheid zijn voor de klant om de algemene voorwaarden op te slaan op zijn harde schijf en eventueel te printen. Algemene voorwaarden zijn alleen toepasselijk

op de ISP-overeenkomst wanneer deze tijdens het totstandkomingsproces door de consument expliciet zijn aanvaard.

In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de inhoud van ISP-overeenkomsten: de contractuele fase. De kwalificatie van een ISP-overeenkomst wordt onderzocht en ook wordt bezien wat het kernbeding van de overeenkomst is en welke bedingen in de algemene voorwaarden kunnen worden opgenomen.

De door de klant te betalen prijs en de door de ISP te verrichten functies access, hosting, extra value en content vormen de kernbedingen van een ISP-overeenkomst. In algemene voorwaarden staan de details die deel gaan uitmaken van de ISP-overeenkomst. Algemene voorwaarden mogen niet onredelijk bezwarend zijn voor de consument. Is dit het geval dan is het beding vernietigbaar. Met behulp van opgestelde toetsingscriteria en algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik kan de inhoud van de algemene voorwaarden van ISP-overeenkomsten worden getoetst. Deze analyse wordt ondersteund door het onderzoek van de algemene voorwaarden van vijftien Nederlandse ISP's.

De ISP-overeenkomst is een gemengde overeenkomst: een overeenkomst van opdracht, met daarnaast elementen van koop en/of huur van zaken en het verstrekken van een licentieovereenkomst. Daarnaast is de ISP-overeenkomst een duurovereenkomst. Dit betekent dat de ISP een bepaling in zijn algemene voorwaarden zal opnemen die hem de bevoegdheid geeft om de tarieven van tijd tot tijd aan te passen.

Bij alle vier functies staat het beginsel beschikbaarheid centraal. Het dient te worden beschouwd als een noodzakelijke voorwaarde voor het uitoefenen van de functies. ISP's plegen zich niet te verbinden tot een feilloze beschikbaarheid van internetdiensten. De ISP-overeenkomst dient zodoende te worden beschouwd als een inspanningsverplichting. Technische en organisatorische maatregelen moeten voor de waarborging van veiligheid en vertrouwelijkheid zorgen met betrekking tot de bij de ISP opgeslagen gegevens, de diensten en het systeem. Een ISP is verantwoordelijk voor een adequaat beveiligingsniveau van zijn eigen systeem om op die manier beschikbaarheid van de internetdiensten te kunnen realiseren.

De verplichtingen van de ISP vormen een belangrijk onderdeel van de algemene voorwaarden van de ISP-overeenkomst en dienen duidelijk te worden geformuleerd. De ISP moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. Hij dient als een redelijk bekwaam provider te handelen en te werk te gaan. De verplichtingen van de klant vormen eveneens een belangrijk onderdeel van de ISP-overeenkomst. Door middel van het opleggen van verplichtingen aan hun klanten kunnen ISP's de waarden en normen die zij hanteren tegenover hun klanten afdwingbaar maken. De klant dient zorgvuldig gebruik te maken van de diensten, hij moet wijzigingen in relevante gegevens meedelen, hij mag geen hinder en schade toebrengen, hij moet de wet naleven en gedragsregels in acht nemen en hij dient toegang tot het systeem mogelijk te maken. ISP's verwijzen veelvuldig met behulp van een hyperlink in de elektronische algemene voorwaarden of via een hyperlink

op hun website naar gedragscodes. De gedragscodes beogen niet om regels te stellen die dezelfde rechtskracht hebben als de regels in een overeenkomst. Indien de inhoudelijke betekenis van de gedragscodes verstrekkende gevolgen heeft voor de klant moeten de bepalingen integraal in de algemene voorwaarden worden opgenomen om bindende werking te krijgen. Wanneer een gedragscode geen verstrekkende gevolgen heeft – bijvoorbeeld de Netiquette – dient een klant duidelijkheid te verkrijgen over de vraag wanneer een gedragscode van toepassing is, en zo ja waar deze is te raadplegen.

Het komt voor dat ISP's sancties vaststellen die zij kunnen opleggen wanneer hun klanten niet aan hun verplichtingen voldoen. Of een sanctie redelijk is zal altijd afhangen van de omstandigheden van het geval. Een sanctie is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wanneer het motief voor het opleggen van de sanctie niet door de ISP wordt medegedeeld en de klant niet door de ISP in kennis wordt gesteld van de opgelegde sanctie.

Hoofdstuk 5 onderzoekt de beëindigingsmogelijkheden van ISP-overeenkomsten: de postcontractuele fase. Opschorting, ontbinding en opzegging van ISP-overeenkomsten en de problemen die zich daarbij kunnen voordoen worden besproken.

ISP's gaan een duurovereenkomst aan met hun klanten voor bepaalde of onbepaalde tijd. Opzegging betreft de mededeling dat de klant, dan wel de ISP de aangegane verbintenis wil doen ophouden. Door een geldige opzegging eindigt het geheel van rechten en plichten dat uit de overeenkomst voortvloeit, met instandhouding van hetgeen reeds ter uitvoering van de overeenkomst is verricht. Een ISP-overeenkomst kan ook door zowel klant als ISP door middel van ontbinding worden beëindigd. Ontbinding heeft bevrijding van de daardoor getroffen verbintenissen tot gevolg. De algemene voorwaarden geven doorgaans bij beëindiging van de ISP-overeenkomst aan hoe een goede afwikkeling kan plaatsvinden.

Omdat de techniek voortdurend in ontwikkeling is, is het onvermijdelijk dat algemene voorwaarden moeten worden gewijzigd en daarom is het niet onredelijk bezwarend dat een ISP bedingt zijn algemene voorwaarden te kunnen wijzigen. Een beding dat betrekking heeft op het wijzigen van algemene voorwaarden is echter onredelijk bezwarend wanneer een ISP de klant niet expliciet de mogelijkheid geeft om bij een wijziging de overeenkomst op te zeggen.

In hoofdstuk 6 staan de contractsbedingen centraal waarin een ISP zijn aansprakelijkheid jegens de consument beperkt dan wel uitsluit. Aan de hand van een toetsingskader worden de mogelijkheden voor beperking en uitsluiting van aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten onderzocht voor de onderscheiden functies en diensten. Mede aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik wordt bekeken in hoeverre een ISP zijn aansprakelijkheid kan beïnvloeden door gebruik te maken van zijn contractsvrijheid.

ISP's hebben in hun algemene voorwaarden vrijwel altijd een bepaling over aansprakelijkheid opgenomen. Er is dan in de praktijk steeds sprake van een

exoneratiebeding: een beding waarin de aansprakelijkheid wordt beperkt of uitgesloten. Daarvan kan sprake zijn in een beding dat de ISP geheel of ten dele bevrijdt van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, dan wel een vrijwaringsbeding, een overmachtbeding of een prestatiebeperkingsbeding. De omstandigheden van het geval bepalen hoever de aansprakelijkheidspositie van een ISP in een bepaald geval reikt en in hoeverre de ISP zich op zijn exoneratiebeding kan beroepen.

Een ISP heeft met twee soorten aansprakelijkheid van doen tegenover zijn klanten: aansprakelijkheid voor wat zijn klanten doen tegenover andere klanten of derden en aansprakelijkheid ten aanzien van klanten zelf. Een ISP kan door derden of andere klanten aansprakelijk worden gehouden voor de informatie die een klant met behulp van zijn servers op het internet beschikbaar stelt. Bij het uitoefenen van de functie hosting is een ISP in staat de inhoud van de op zijn server aanwezige informatie in te zien, aan te passen of te verwijderen. Het zal vooral gaan om de vraag welke zorg in de gegeven omstandigheden van de ISP mag worden verwacht ten aanzien van het voorkomen van schadelijke gevolgen. Deze vraag kan worden onderverdeeld in twee lagen: ten eerste het ontdekken van de desbetreffende normschending, en ten tweede het handelen naar aanleiding van die ontdekking. Deze twee lagen zijn gedeeltelijk uitgewerkt in wetgeving en jurisprudentie. Van een ISP mag worden verwacht dat hij informatie of hyperlinks op zijn computersysteem verwijdert indien hij van het onrechtmatig handelen in kennis is gesteld en aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen.

Het hoofdstuk benadrukt dat het niet wenselijk is dat een ISP op de stoel van de rechter gaat zitten. Een ISP heeft doorgaans voor afwegingen omtrent de onrechtmatigheid van de informatie van een klant onvoldoende expertise in huis. Een ISP dient daarom alleen verplicht te zijn om informatie te verwijderen dan wel te blokkeren en persoonsgegevens te verschaffen wanneer een rechter hem dit oplegt of wanneer dit in de wet is bepaald. Alleen een wettelijke regeling kan meer duidelijkheid verschaffen.

Het antwoord op de vraag of een beroep van een ISP op een exoneratiebeding wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid ongeldig is, zal telkens afhangen van de precieze feiten en omstandigheden van het geval. De mogelijkheden voor uitsluiting dan wel beperking van aansprakelijkheid verschillen dan ook per functie.

Hoofdstuk 7 geeft de conclusies en de resultaten van het onderzoek. Het concludeert dat de algemene voorwaarden van de vijftien onderzochte ISP's voor een groot gedeelte voldoen aan het geldende recht. De positie tussen ISP en consument is echter niet altijd zorgvuldig geregeld, zodat er nu niet altijd sprake is van een redelijke en evenwichtige verhouding tussen ISP's en hun klanten. Het hoofdstuk sluit af met het betoog dat ter verduidelijking van de aansprakelijkheidspositie van ISP's bij de functie hosting er een wettelijke notice and take down procedure dient te komen. Daarin kan dan een wettelijke vrijwaring voor ISP's worden gerealiseerd.

Summary

Contracts between Internet Service Providers and Consumers

In order to be able to access the Internet, consumers enter into an agreement with an ISP. For this purpose ISPs use general conditions. This study offers a discussion of ISP agreements on the B2C market, as well as a proposal for general conditions that are reasonable for both parties. It investigates the legal framework within which ISPs conclude their agreements, to what extent ISPs actually operate within this legal framework and, more specifically, how legal liability is provided for.

Chapter 2 first surveys the functions and services offered by ISPs, by analysing the content of fifteen Dutch agreements between various ISPs and their non-commercial customers. This is done to provide a clear understanding of ISP and the services and liabilities linked to it. These fifteen agreements have been used for factual reference. An integral analysis is presented in the appendix.

'Internet Service Provider' (ISP) is the term used for a person who offers Internet services. These can be subdivided into different categories: Internet access, websites, e-mail, newsgroups and chat. In addition, there are many optional services such as helpdesks, registration of domain names and anti-virus software. These services fulfil different functions: access, hosting, extra value and content. These functions are the basic categories of ISP services. They allow for an orderly discussion of ISP agreements. Furthermore, the general principles of proper ICT use – availability, confidentiality, integrity, authenticity, flexibility and transparency – are a tool for the classification of ISP agreements in normative terms.

Access is providing the technical facility to the client to access the Internet through the ISP-system. Hosting is offering the client the possibility to make information by and for third parties accessible on the ISP server. Some examples of hosting are websites, e-mail, news groups and chatting. Extra value involves offering services that may have added value for the client to access and hosting. For instance, a client may request an ISP to register a domain name; the client may be offered the opportunity to use a help desk for support purposes. Extra value also includes the possibility to submit complaints about unlawful information, to filter information, or to make available virus software or filtering programmes. By offering content is meant the offering of substantive information on the Internet. In this case the information comes from

the ISP itself. The contents, design, organisation and structuring of information on the portal site or website of the ISP are the ISP's responsibility. This content function should be seen in relation with the access, hosting and extra value functions and plays a part in the electronic, distance effectuation of contracts via a website. Furthermore, content may play a part in information clarifying the agreement, for instance, if its general conditions are amended, or for news on when necessary maintenance work to the ISP network is carried out.

Chapter 3 shows how ISP contracts via the Internet come into being: the pre-contractual phase. It focuses on electronic and distance contracting through a website and discusses the electronic provision of general conditions.

An ISP contract comes into being by means of an offer and the acceptance of that offer. The website may be providing an invitation to treat or it may be making an offer. Through an ISP website, ISP contracts may be effected electronically and from a distance. In such cases, an ISP needs to comply with the provisions in the Civil Code (BW) and the Telecommunications Act (TW). From these Acts ensue obligations to provide information which carry sanctions. The obligations to provide information pertain both to the quality of the ISP, the effectuation of the contract and the performance of the contract. All these obligations to provide information are supposed to bring about transparency in ISP contracts. They are particularly important in the pre-contractual phase. Their non-performance can only have consequences if the ISP contract has been concluded. The ISP has to provide the information clearly and understandably before the contract is concluded. This obligation is not met by merely including the relevant information in the general conditions. The information has to be published on the ISP's website. The TW also imposes the obligation to include the information in the contract itself.

With respect to distance contracts, the legislator has mainly given thought to the object of the contract. The legislator has not sufficiently contemplated the consequences for the provision of services.

The law also provides for the applicability of electronic general conditions. General conditions have to be accessible from the website – preferably by means of a hyperlink – with a good scrolling option. Furthermore, clients should be able to save the general conditions to their hard disk and to print the text. General conditions only apply to the ISP contract if the consumer explicitly accepted them when the contract was being effected.

Chapter 4 discusses the content of ISP contracts, i.e. the contractual phase. It investigates the qualification of an ISP contract, as well as the contract's core stipulation, and which stipulations can be included in the general conditions.

The price that the client pays and the ISP functions of access, hosting, extra value and content are the core stipulations of an ISP contract. The general conditions, on the other hand, contain the details that are part of the ISP contract. General conditions may not be unreasonably onerous for the consumer. If they are, the stipulation is voidable. Test criteria and general conditions of proper ICT use allow for the testing of the contents of general condi-

tions of ISP contracts. This analysis is supported by a study of the general conditions of fifteen Dutch ISPs.

ISP contracts are mixed contracts: they are commission contracts with elements of purchase and/or rent and the provision of licensing agreements. Moreover, ISP contracts are continuing performance contracts. This means that the ISP will include a stipulation in its general conditions that give it the power to adapt its prices from time to time.

For all four functions the principle of availability is central. It should be viewed as an essential condition for the exercise of the functions. Generally, ISPs do not contractually bind themselves to an error-free availability of Internet services. Thus, ISP contracts should be considered obligations to perform to the best of one's ability. Technical and logistic measures need to be taken to guarantee security and confidentiality of the data, services and system stored with the ISP. ISPs bear responsibility for an adequate level of security of their own system in order to be thus able to provide Internet services.

The ISP's obligations are an important part of the general conditions of an ISP contract and have to be formulated clearly. In their work, ISPs are to behave as befits a proper commissionee. They need to conduct themselves and operate as a reasonably competent provider. The client's obligations are another important part of an ISP contract. By imposing obligations on their clients, ISPs can enforce their values and standards towards their clients. Clients have to exercise care when using the services, they are to report changes to relevant data, they are not allowed to cause nuisance or damage, they have to abide by the law and rules of conduct and they have to allow access to the system. Often ISPs refer to these codes of conduct in their general conditions or through a hyperlink on their website. The codes of conduct do not aim to set rules that have the same legal force as the rules in a contract. If the substantive meaning of the codes of conduct has far-reaching consequences for the client, their stipulations need to be included in their entirety in the general conditions in order to be legally binding. If a code of conduct does not have far-reaching consequences – for example Netiquette – the client has to obtain clarity on when a code of conduct applies, and if it does, where it can be consulted.

Sometimes, ISPs provide for sanctions that they can impose if their clients do not meet their obligations. Whether such a sanction is reasonable will always depend on the circumstances of the particular case. The criteria of reasonableness and equity make a sanction unacceptable, if the ISP does not explain its rationale for imposing the sanction and does not inform the client of the sanction imposed.

Chapter 5 studies the possibilities to terminate ISP contracts, i.e. the post-contractual phase. Its topics are the suspension, dissolution and notice of dissolution and the problems that may occur in the process.

ISPs enter into continuing performance contracts with their clients for a definite or indefinite period. With a notice of dissolution clients or ISPs indicate that they wish to terminate the contract. A valid notice of dissolution will bring

an end to the complex of rights and obligations, but without prejudice to what has already been performed under the contract. Furthermore, both the client and the ISP can terminate an ISP contract by means of dissolution. Dissolution frees parties from their obligations under the contract. The general conditions tend to provide how the dissolution of an ISP contract can be properly settled.

Due to ever-changing technology, it is inevitable that general conditions are changed and a stipulation by an ISP that it should be allowed to amend its general conditions is not unreasonably onerous. However, such stipulation is unreasonably onerous if an ISP does not explicitly offer the client the opportunity to give notice of dissolution when the general conditions are amended.

Central to chapter 6 are the contractual stipulations by which an ISP limits or excludes liability towards the consumer. It employs a framework for evaluation to study the possibilities for the limitation or exclusion of liability for the different types of functions and services. The general principles of proper ICT use will help to decide to what extent ISPs can limit their liability by exercising their freedom to contract.

ISPs almost always have a stipulation on liability in their general conditions. In practice, such a stipulation is almost always an exemption clause, limiting or excluding liability. An example of an exemption clause is the stipulation that the ISP is fully or partly absolved from the legal liability to pay damages, or a warranty clause, a force majeure clause, or a clause limiting performance. The circumstances of the case will determine to what extent an ISP's liability applies and to what extent the ISP can invoke an exemption clause.

ISPs face two types of liability towards their clients: liability for how their clients act towards other clients or third parties and liability towards their clients themselves. ISPs may be held liable by third parties or other clients for the information that a client puts up on the Internet, using their server. With regard to hosting, ISPs can access the information on their server, and they can change or remove it. In such cases, the question will be how much care the ISP can be expected to exercise in the given circumstances to prevent damage. This question consists of two parts. The first pertains to the discovery of the violation. The second deals with how to act once a violation has been discovered. These two questions have been partly answered in legislation and case law. ISPs can be expected to remove information or hyperlinks on their computer system if they have been notified of the unlawful behaviour and if the correctness of this notification cannot be reasonably doubted.

The chapter stresses that it is undesirable that ISPs act as courts of law. ISPs generally lack expertise to decide on the unlawfulness of a client's information. Therefore, ISPs should only be obliged to remove or block information and to provide personal data if ordered to do so by a court or if this is prescribed by law. Only statutory provision can offer more clarity.

The answer to the question whether an ISP's invocation of an exemption clause is contrary to reasonableness and equity will always depend on the

precise facts and circumstances of a particular case. The possibility to exclude or limit liability will differ, depending on the ISP function.

Chapter 7 provides the results and conclusions of the research. It concludes that by and large the general conditions of the fifteen ISPs studied for this research comply with positive law. However, the position between ISPs and consumers are not always carefully regulated, so that there is not always a reasonable and balanced relationship between ISPs and their clients. The chapter ends with an argument in favour of clarifying ISP liability for hosting by introducing a statutory notice and take down procedure. Such a procedure would provide for a statutory warranty for ISPs.

Bijlage

Een beeld van ISP-overeenkomsten

INHOUDSOPGAVE

1 Inleiding 336
2 Vijftien ISP's 336
2.1 Een introductie 336
2.2 De algemene voorwaarden 339
3 Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten 340
3.1 De totstandkoming 340
3.2 Disclaimers 343
4 Schematische weergave van de opbouw van ISP-overeenkomsten 344
5 De verschillende contractsonderwerpen nader beschouwd 347
5.1 Algemene bedingen 347
A Definities 347
B Kopje 'algemeen' 351
C Duur en beëindiging 356
D Vergoedingen en betalingen 358
E Geschillenbeslechting en toepasselijk recht 361
F Varia 362
5.2 Specifieke bedingen 362
G Verplichtingen van de ISP 362
H Verplichtingen van de klant 366
I Aansprakelijkheid 371
J Intellectuele eigendomsrechten 374
K Privacy 375
L Diensten en beheer 376
M Klachtenregeling en helpdesk 386
N Sanctiemogelijkheden 388
O Overmacht 391
6 Afsluitende opmerkingen 392

1 INLEIDING

Een beeld van de ISP-overeenkomsten wordt verkregen door een analyse te maken van een vijftiental algemene voorwaarden van ISP's.[1] De opbouw van deze bijlage is als volgt. In paragraaf 2 geef ik een introductie van de vijftien te vergelijken ISP's. In paragraaf 3 staat de wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten centraal. In paragraaf 4 wordt ingegaan op de structuur van ISP-overeenkomsten. In paragraaf 5 worden de contractsonderwerpen nader bekeken en vergeleken. In paragraaf 6 wordt de bijlage afgesloten met enkele afsluitende opmerkingen.

2 VIJFTIEN ISP'S

Het bepalen van een betrouwbaar en bestendig steekproefkader is gezien de dynamiek van de ISP-branche niet zonder problemen. Daarom wordt niet gepretendeerd dat de gekozen steekproef van de hieronder beschreven vijftien ISP's representatief is voor de totale branche van ISP's. Niettemin mag worden aangenomen dat een analyse van deze vijftien ISP's voldoende basis vormt voor de bevindingen in dit onderzoek. In hoofdzaak betreft het ISP's die lid waren van de Nederlandse vereniging van Internet-providers (NLIP) en zich richten op de particuliere markt.[2]

2.1 Een introductie

1. XS4ALL
XS4ALL was de eerste ISP in Nederland (1 mei 1993) en is nu een van de grootste ISP's.[3] Hoewel XS4ALL Internet B.V. een dochter is van KPN Telecom, heeft zij altijd haar eigen operationele vrijheid en maatschappelijke betrokkenheid behouden. XS4ALL stond aan de wieg van de NLIP en was lid daarvan. Naast het standaardaccount biedt XS4ALL ook een uitgebreid pakket zakelijke diensten.

2. Planet Internet
Planet Internet is onderdeel van de Planet Media Group N.V. en is ook één van de grootste ISP's in Nederland. Planet Internet richt zich op de consumentenmarkt maar bedient ook de zakelijke markt. De Planet Internet portal-site <www.planet.nl> wordt door vele internetgebruikers gebruikt als gids (startpagina) voor het internet. Planet Internet was lid van de NLIP.

---

1 De algemene voorwaarden van de vijftien onderzochte ISP's heb ik in april 2001 geprint vanaf het WWW. Dat zijn de gebruikte versies waarop het vergelijkende onderzoek in deze bijlage in eerste instantie was gebaseerd. Omdat de algemene voorwaarden van ISP's regelmatig (kunnen) wijzigen wat betreft inhoud en plaatsingswijze op een website zijn de algemene voorwaarden van de vijftien ISP's in juni 2005 nogmaals opgezocht en zijn de wijzigingen in deze bijlage doorgevoerd. De tekst van deze bijlage is afgesloten in juni 2005.

2 Op 21 april 2005 is de NLIP opgeheven.

3 Portal-site: <www.xs4all.nl>.

3. Tiscali
World Online was een belangrijke speler op de markt in Nederland. Vanaf 16 juli 2001 heeft Tiscali alle activiteiten van World Online Nederland overgenomen.[4] Tiscali B.V. is de Nederlandse dochteronderneming van Tiscali S.p.A. Tiscali richt zich op de consumentenmarkt en op de zakelijke markt en biedt ook een gratis abonnement aan. Zij was geen lid van de NLIP.

4. UUNET/MCI
UUNET is een onderdeel geworden van MCI dat een communicatiebedrijf is voor bedrijven.[5] UUNET was lid van de NLIP in 2001, maar heeft het lidmaatschap later beëindigd.

5. EuroNet
EuroNet is ondergebracht in een rechtspersoon en heet voluit: EuroNet Internet B.V.[6] EuroNet Internet B.V. is een dochteronderneming van France Telecom en Wanadoo SA. EuroNet was in 2001 lid van de NLIP maar heeft het lidmaatschap later beëindigd. Zij richt zich voornamelijk op de zakelijke markt: EuroNet Professional.

6. Compuserve
Compuserve is een merknaam van America Online (AOL) Benelux, een onderdeel van AOL Europe dat weer een divisie is van America Online Inc. AOL is wereldwijd de grootste ISP voor particulieren. Compuserve Interactive Services Ltd. (CIS) is een bedrijf dat is geregistreerd in Ierland als de provider van informatie-, communicatie- en transactiediensten van Compuserve. Compuserve Nederland B.V. was in 2001 lid van de NLIP maar heeft het lidmaatschap later beëindigd.[7]

7. SURFnet/Thuisnet2
SURFnet is het Nederlandse computernetwerk voor hoger onderwijs en onderzoek en maakt onderdeel uit van het wereldwijde internet.[8] SURFnet B.V. exploiteert dit netwerk.[9] SURFnet is een ISP die zich richt op de dienstverlening bij het gebruik en de toepassing van het internet. SURFnet was geassocieerd aan de NLIP. Thuisnet2 was een internetdienst die speciaal voor studenten en medewerkers van de Universiteit Leiden was ontwikkeld en werd aangeboden via SURFnet. Thuisnet2 bestaat echter niet meer, tegenwoordig is het mogelijk met een U-access abonnement als medewerker van de universiteit Leiden thuis te internetten.

---

4 Portal-site: <www.tiscali.nl>.
5 Via <www.uunet.nl> wordt je doorgelinkt naar de portal-site van MCI <global.mci.com/nl>.
6 Portal-site: <www.euronet.nl>.
7 Portal-site: <www.compuserve.nl/portal/>.
8 SURF staat voor samenwerking in ICT en onderwijs. Stichting SURF is de moederorganisatie, de belangrijkste Nederlandse samenwerkingsorganisatie van instellingen voor hoger onderwijs en onderzoek op het gebied van netwerkdienstverlening en informatie- en communicatietechnologie. Binnen de Stichting SURF zijn twee werkmaatschappijen (dochters) ontstaan. Ten eerste SURFdiensten die onderwijs- en onderzoekinstellingen SURF-licenties voor uiteenlopende ICT-producten tegen gunstige voorwaarden biedt. Ten tweede SURFnet die het nationale onderzoeksnetwerk exploiteert en innoveert.
9 Zie <www.surfnet.nl>.

8. Het Net
Het Net is een merk dat gebruikt wordt door de Planet Media Group N.V.[10] Het Net richt zich op de consumentenmarkt en was een gratis ISP tot oktober 2001, toen heeft Het Net een tarievensysteem ingevoerd. Het Net was geen lid van de NLIP, de Planet Media Group N.V. wel.

9. Freeler
Freeler is ondergebracht in een besloten vennootschap en heet voluit Freeler B.V.[11] Freeler B.V. is een onderneming van Freehold B.V. en is op initiatief van de ING Bank, Nationale-Nederlanden en de Postbank in september 1999 van start gegaan. Freeler is een ISP die zich tot doel stelt internet toegankelijk te maken voor iedereen, zowel in technische zin als met betrekking tot de kosten. Freeler was in april 2001 geen lid van de NLIP, maar is dat later wel geworden.

10. HCCnet
HCC is de vereniging van computergebruikers, HCCnet B.V. is de ISP. HCCnet was een gratis ISP en was in 2001 lid van de NLIP maar heeft het lidmaatschap later beëindigd. HCCnet richt zich op de particuliere markt.[12]

11. Demon
Demon Internet is van oorsprong een Engelse ISP. Het was de eerste ISP die volledige inbeltoegang tot het internet aanbood tegen betaalbare prijzen in het Verenigd Koninkrijk. Onder Demon Internet wordt begrepen Demon Internet Limited, een rechtspersoon naar Engels recht, haar rechtsopvolgers onder algemene titel en alle met haar of met deze rechtsopvolgers gelieerde vennootschappen en ondernemingen. Demon Internet Nederland B.V. is zowel gericht op de particuliere markt als op de zakelijke markt.[13] Zij was in april 2001 lid van de NLIP maar heeft het lidmaatschap later beëindigd.

12. Vuurwerk
Vuurwerk Internet presenteert zich als een hostingprovider, dat wil zeggen dat zij voor haar klanten de techniek verzorgt rond de plaatsing van hun websites op het internet.[14] Vuurwerk richt zich voornamelijk op de zakelijke markt en was lid van de NLIP.

13. @Home
@Home Benelux is een samenwerkingsverband van Excite@Home uit de Verenigde Staten, Essent en de processorfabrikant Intel. @Home biedt internet aan via de kabel en richt zich op de particuliere markt.[15] @Home Internet Service is beschikbaar in de kabelgebieden van Essent Kabelcom en Nutsbedrijven Maastricht. @Home was lid van de NLIP.

10 Portal-site: <www.hetnet.nl>.
11 Portal-site: <www.freeler.nl>.
12 Portal-site: <www.hccnet.nl>.
13 Portal-site: <www.demon.nl>.
14 Portal-site: <www.vuurwerk.nl>.
15 Portal-site: <www.home.nl>.

14. Casema
Casema (Centrale Antenne Systemen Exploitatie Maatschappij) biedt haar internetproducten aan onder de naam Casema Kabelbreed Internet.[16] Ook Casema is, net als EuroNet, een dochteronderneming van France Telecom. Casema biedt internet aan via de kabel en is gericht op de particuliere markt. Zij was lid van de NLIP.

15. Chello
UPC Nederland B.V. is een onderdeel van United Pan-Europe Communications N.V. UPC gebruikt haar kabelnetwerk onder meer voor de levering van internetdiensten onder de naam Chello.[17] Chello biedt breedbandinternet via de kabel en richt zich op de particuliere markt. UPC Nederland was lid van de NLIP.

2.2 De algemene voorwaarden

De eerste stap op zoek naar de algemene voorwaarden van de betreffende ISP is het raadplegen van de portal-site. Het blijkt dat de algemene voorwaarden die de verschillende ISP's hanteren niet altijd even eenvoudig online te vinden zijn. Opvallend is dat bij maar vijf[18] van de onderzochte ISP's de algemene voorwaarden direct via een link op de portal-site raadpleegbaar zijn, waarbij bij twee[19] van deze vijf ISP's het een link in kleine letters onder aan de pagina betreft. Geen duidelijke link naar de algemene voorwaarden en kleine letters kan er op duiden dat de ISP iets te verbergen heeft. Een link 'algemene voorwaarden' duidelijk en vindbaar op de portal-site van de ISP en dat de algemene voorwaarden vervolgens eenvoudig via deze link te raadplegen zijn is gemakkelijk te verwezenlijken. Deze link kan vervolgens op alle aan de website geïntegreerde pagina's worden geplaatst[20] en dient steeds te verwijzen naar dezelfde versie van de algemene voorwaarden.[21] Vervolgens valt op dat wanneer de algemene voorwaarden gevonden zijn ze niet altijd eenvoudig kunnen worden geprint omdat ze niet op A-vier formaat passen[22] of omdat alle artikelen op een aparte pagina staan,[23] terwijl andere ISP's een aparte print-link voor de printbare versie van de algemene voorwaarden hanteren.[24] Tot slot heb ik het als handig ervaren indien de algemene voorwaarden aanvangen met een inhoudsopgave zodat duidelijk is wat in welk artikel is geregeld, echter maar zeven van de onderzochte ISP's vangen hun algemene voorwaarden aan met een inhoudsopgave.[25]

16 Portal-site: <www.casema.nl>.
17 Portal-site: <www.chello.nl>.
18 XS4ALL, Compuserve, Freeler, @Home en Chello.
19 Compuserve en Chello.
20 Zie Chello.
21 Ook dat was niet altijd het geval, bijvoorbeeld bij Planet Internet.
22 Het biedt een oplossing de algemene voorwaarden te kopiëren naar Word.
23 EuroNet en Chello.
24 XS4ALL, Tiscali, HCCnet en Vuurwerk.
25 XS4ALL, Planet Internet, UUNET (versie 2001), HCCnet, Vuurwerk, @Home en Chello.

3 WIJZE VAN TOTSTANDKOMING VAN ISP-OVEREENKOMSTEN

De wijze van totstandkomen van ISP-overeenkomsten en de toepasselijkheid van algemene voorwaarden heb ik nagegaan door de portal-sites van de vijftien ISP's te bezoeken en te bezien of en op welke verschillende manieren ISP-overeenkomsten worden gesloten via de website(s) van een ISP en hoe ISP's hun algemene voorwaarden van toepassing verklaren.[26] Het aanbod van standaardabonnementen stond daarbij centraal. Daarnaast zijn ook de disclaimers die ISP's hanteren op hun website bestudeerd.

3.1 De totstandkoming

De meeste ISP's bieden de mogelijkheid via hun website een overeenkomst te sluiten.[27] Met behulp van een link 'producten', 'producten en diensten', 'aanmelden', 'abonnementen & producten', 'abonneren' of 'word lid' op de portal-site komt een aspirant-klant op de aanmeldpagina terecht. Daar kan hij vaak eerst een keuze maken tussen zakelijke diensten en diensten speciaal gericht op consumenten. Met betrekking tot consumenten kan er dan vervolgens een keuze worden gemaakt tussen 'inbellen' en 'ADSL'. Voorzover overeenkomsten via de website kunnen worden gesloten, verschilt het totstandkomingsproces per ISP. De volgende gegevens dienen meestal elektronisch te worden ingevuld: geslacht, voornaam, achternaam, adres, postcode, plaats, huidige e-mail-adres en telefoonnummer en geboortedatum.

Bij XS4ALL komt een overeenkomst als volgt elektronisch via de website tot stand. Door op de portal-site van XS4ALL[28] te klikken op de link 'contact' kom je onder de rubriek algemeen de link 'klant worden' tegen. Door deze aan te klikken komt een aspirant-klant terecht op de pagina waar hij zich kan aanmelden voor een standaardabonnement. De wijze van totstandkomen van de ISP-overeenkomst vindt in vijf stappen plaats:

> '1. U gaat akkoord met de algemene voorwaarden van XS4ALL; 2. U vult uw postcode en huisnummer in; 3. U vult uw persoonlijke gegevens in; 4. U kiest een log-in-naam en wachtwoord; 5. U verstuurt uw aanmelding.'

De algemene voorwaarden verschijnen geheel in beeld in het totstandkomingsproces en kunnen door de aspirant-klant worden doorgescrold en moeten vervolgens worden geaccepteerd om de overeenkomst verder te kunnen aanvaarden:

---

26 Het beeld van de praktijk is verkregen door de relevante informatie van de portal-sites van de vijftien verschillende ISP's te halen, dit is gedaan in februari 2002. Een website kenmerkt zich door het feit dat wijzigingen eenvoudig kunnen worden aangebracht. In een kort tijdsbestek is er veel nieuwe regelgeving gekomen en nieuwe regelgeving in de maak waar ook een ISP zich aan dient te houden en die noodzakelijke wijzigingen op de portal-sites van de ISP's met zich meebrengen. Vandaar dat in juni 2005 de totstandkoming van de overeenkomst bij de vijftien ISP's nogmaals is onderzocht en de wijzigingen in deze bijlage zijn doorgevoerd.

27 XS4ALL, Planet, Tiscali, Demon, HCCnet, Freeler, Het Net.

28 <www.xs4all.nl>.

> 'U dient akkoord te gaan met de algemene voorwaarden van XS4ALL als u zich wilt aanmelden.'

XS4ALL maakt als enige ISP via een link melding van het ontbindingsrecht voor de consument op grond van de wet overeenkomsten op afstand. Door op 'akkoord' te klikken voltooit de aspirant-klant zijn aanmelding:

> 'Welkom bij XS4ALL. Uw account is succesvol aangemaakt! Het duurt ongeveer 15 minuten voordat u het account kunt gebruiken. Wij wensen u veel plezier op internet!'

Bij sommige ISP's is het niet mogelijk een overeenkomst te sluiten via de website, maar kan alleen informatie worden opgevraagd.[29] Planet Internet biedt naast de mogelijkheid om abonnee te worden via het internet, ook de mogelijkheid abonnee te worden via het starterspakket:

> 'In een groot aantal winkels is het Planet Internet starterspakket verkrijgbaar. Via dit pakket kunt u zich aanmelden als abonnee en vindt u binnen vijf minuten uw weg op internet. Tijdens een gebruikersvriendelijke aanmeldingsprocedure maakt u zelf een e-mail-adres aan en kunt u het gewenste abonnement kiezen. Het starterspakket bevat een proefabonnement voor een aantal uur gratis internetten, een duidelijke handleiding en een cd-rom met software.'

De aspirant-klant betaalt een prijs en ontvangt daarvoor een starterspakket bestaande uit een doosje met daarin een cd-rom, een Nederlandstalige handleiding en de Planet membercard met daarop de codes waarmee hij zich kan aanmelden. Door het plaatsen van de cd in de cd-romspeler van de PC wordt de aspirant-klant welkom geheten door Planet Internet. Er worden hem drie opties aangeboden: cd-rom verkennen, installeren, afbreken. Indien de aspirant-klant op 'installeren' klikt, installeert de Planet Internet software zich door middel van het klikken op 'ja' op de computer van de aspirant-klant. Op een geven moment verschijnt de mededeling in beeld dat de computer opnieuw opgestart dient te worden, daarmee wordt ook meteen de internetverbinding, indien de aspirant-klant over de benodigde hardware beschikt, gerealiseerd. Het starterspakket van Planet is vergelijkbaar met de cd van Compuserve. Door op de portal-site van Compuserve[30] op de link 'over Compuserve' te klikken komt een aspirant-klant terecht op een pagina waar hij de Compuserve cd kan aanvragen waardoor hij lid wordt van Compuserve.

Wanneer het een ISP betreft die internet via de kabel aanbiedt, dient eerst een postcodecheck te worden uitgevoerd om te controleren of de aspirant-klant binnen het verzorgingsgebied van de ISP valt.[31] Vervolgens dient dan een kabelmodem te worden geïnstalleerd om internettoegang te kunnen verkrijgen. De ISP kan het kabelmodem komen installeren, daaraan zijn installatiekosten verbonden, of de klant kan

29 Compuserve, Vuurwerk, EuroNet en UUNET.
30 <www.compuserve.nl/portal/>.
31 @Home, Chello en Casema.

het zelf doen.[32] Indien een aspirant-klant op de portal-site van Chello[33] links op de pagina op de link 'alles over Chello' klikt, verschijnt daarmee informatie in beeld over hoe Chello werkt:

> 'Chello komt naar je toe via een kabelmodem. Een kabelmodem is een apparaatje waarmee je computer data kan verzenden en ontvangen via dezelfde kabel die het signaal voor uw TV levert. Na installatie door onze installateurs bij je thuis, biedt je kabelmodem een snelle verbinding met het internet.'

Vervolgens dient een aspirant-klant links op de pagina op de link 'word abonnee' te klikken en komt er allerlei reclame over Chello in beeld. Halverwege de pagina kan een aspirant-klant de postcodecheck uitvoeren om te kijken of Chello bij hem in de buurt beschikbaar is. Bij deze postcodecheck dient een aspirant-klant echter ook al zijn persoonsgegevens in te vullen. Indien een aspirant-klant alleen zijn postcode invult, is dat niet voldoende voor een check. Onder aan het invullijstje vindt een aspirant-klant de link 'persoonsregistratie' die hij eerst aanklikt. In een pop-up scherm verschijnt dan het persoonsregistratiebeleid van Chello. Deze tekst is echter niet geheel leesbaar, een aspirant-klant kan niet verder door de tekst scrollen. Het persoonsregistratiebeleid kan wel worden geprint. Indien een aspirant-klant het persoonsregistratiebeleid print, kan hij lezen dat Chello niet meer persoonsgegevens ('informatie') verzamelt dan nodig zijn voor een goede dienstverlening. Bij de postcodecheck kan een aspirant-klant ook invullen of hij graag op de hoogte wil worden gehouden van de nieuwste ontwikkelingen van Chello en UPC:

> 'Wil je in de toekomst hierover liever niet worden benaderd? Geen probleem, kruis dan dit vakje aan.'

Gesteld dat een aspirant-klant over een postcode beschikt die voldoet aan de postcodecheck, dan krijgt hij in beeld:

> 'Ja! Chello is beschikbaar voor jou. Meld je nu aan bij Chello en je wordt zo snel mogelijk aangesloten.'

Wil een aspirant-klant zich aanmelden, dan dient hij de volgende gegevens in te vullen: titel, achternaam, voornaam, initialen, straatnaam, huisnummer, postcode, plaats, e-mail, telefoon 's avonds en overdag en geboortedatum. Onder de in te vullen vakken is steeds een link 'terug naar invulformulier' te vinden. Als alle gegevens zijn ingevuld, kan op 'volgende' worden geklikt en dient de aspirant-klant in te vullen of hij over een werkende kabel televisieaansluiting beschikt en zo ja op wiens naam die staat en waar de kabelaansluiting zich bevindt (woonkamer, hal, berging, overig). De aspirant-klant dient te vermelden wat voor een computer hij heeft en of zijn computer aan de minimale eisen voldoet die Chello stelt. Deze minimale eisen zijn raadpleegbaar via een link. Vervolgens klikt de aspirant-klant op 'volgende' waarmee hij op een pagina komt waar hij een gewenste datum en tijd kan aangeven waarop de installatie zou kunnen

32 @Home en Casema bieden deze mogelijkheid.
33 <www.chello.nl>.

plaatsvinden en hij de betalingsgegevens dient in te vullen: rekeningtype en nummer. Ook dient de aspirant-klant zich hier akkoord te verklaren met de actievoorwaarden, de algemene voorwaarden en de acceptable use policy (die alle drie raadpleegbaar zijn via een link) door middel van het aanvinken van een hokje. Daarna kan de aspirant-klant klikken op de knop 'verzenden'. Daarmee komt hij op de pagina waar hij zijn ingevulde gegevens kan controleren en eventueel verbeteren door 'terug' te gaan, anders kan hij op 'bevestigen' klikken, daarmee voltooit hij zijn aanmelding.

De algemene voorwaarden zijn veelal opgenomen in het totstandkomingsproces van de overeenkomst via een hyperlink of een klein scherm binnen de pagina waar ze kunnen worden doorgescrold. Daaronder of daarbij bevindt zich een vakje 'akkoord' of 'ja' die door de aspirant-klant moet worden aangevinkt om de algemene voorwaarden ook op de overeenkomst van toepassing te doen zijn. Bij geen van de onderzochte ISP's kan er verder worden geklikt zonder akkoord te gaan met de algemene voorwaarden, zodat een aspirant-klant niet om de algemene voorwaarden heen kan. Bij geen van de onderzochte ISP's ben ik een 'download', 'save as' of 'print' knop tegengekomen bij het accepteren van de algemene voorwaarden, of met behulp waarvan de algemene voorwaarden moeten worden geaccepteerd. Er staat soms wel een print-link onderaan de algemene voorwaarden waarmee een aspirant-klant ze kan printen. Het garanderen van de privacy van een klant gebeurt meestal door middel van een privacystatement, dat via een link op de inschrijfpagina van de ISP raadpleegbaar is. Alleen bij ISP Het Net dient het privacystatement uitdrukkelijk te worden aanvaard.

3.2 Disclaimers

Enkele ISP's hanteren een disclaimer op hun website.[34] De disclaimer is voor een internetgebruiker meestal toegankelijk via een hyperlink onder aan de portal-site.[35] Bij sommige ISP's is de disclaimer niet vanaf de portal-site raadpleegbaar, maar pas als er wordt verder geklikt.[36] Door te klikken op de link 'disclaimer' komt een internetgebruiker bij de inhoud van de disclaimer terecht. De disclaimer heeft betrekking op verschillende onderwerpen. Bijvoorbeeld een verklaring waarin tegenover de bezoeker van de website aansprakelijkheid wordt uitgesloten voor fouten in of onvolledigheid van de informatie verstrekt op de website.[37] Of een verklaring waarin tegenover de bezoeker de aansprakelijkheid wordt uitgesloten voor schade geleden ten gevolge van niet-beschikbaarheid van de website.[38] Of een verklaring inhoudende dat er auteursrechten of andere intellectuele eigendomsrechten van de houder van de website op de website of onderdelen daarvan rusten en het verbod tot verveelvoudiging daarvan.[39] De inhoud van de disclaimer die Planet hanteert luidt bijvoorbeeld als volgt:

> 'Planet Media Group aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid voor de inhoud van de door derden aangeboden informatie op de website van Planet Internet. Hieronder

34 Planet, Tiscali, EuroNet, Freeler, Demon, Vuurwerk, @Home en Casema.
35 Planet, EuroNet, Freeler, @Home en Casema.
36 Tiscali, Demon, Vuurwerk.
37 Planet, Tiscali, EuroNet, Freeler, Vuurwerk, @Home, Casema.
38 EuroNet, Demon, Vuurwerk, Casema.
39 Planet, EuroNet, Freeler, Vuurwerk.

valt onder meer, maar niet uitsluitend, het inbreuk plegen op auteursrechtelijk beschermde werk(en) of het anderszins in strijd handelen met de intellectuele eigendomsrechten van derden.

Planet Media Group aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid voor directe of indirecte schade ontstaan door de inhoud van de – al dan niet door derden aangeboden – informatie op de website van Planet Internet. Planet Media Group behoudt zich dan ook het recht voor om de door derden aangeboden informatie te wijzigingen en/of te verwijderen, indien de door derden aangeboden of reeds geplaatste informatie in strijd is met de wet, de belangen van overige internetgebruikers, andere derden of de algemene voorwaarden van Planet Internet.

Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden openbaar gemaakt of verveelvoudigd, waaronder begrepen het reproduceren door middel van druk, offset, fotokopie of microfilm of in enige digitale, elektronische, optische of andere vorm of (en dit geldt zonodig in aanvulling op het auteursrecht) het reproduceren (i) ten behoeve van een onderneming, organisatie of instelling of (ii) voor eigen oefening, studie of gebruik welk(e) niet strikt privé van aard is of (iii) voor het overnemen in enig dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift (al of niet in digitale vorm of online) of in een RTV-uitzending.'

De disclaimer die @Home hanteert luidt:

'De op de site getoonde informatie wordt door @Home met zorg samengesteld, doch voor de juistheid en volledigheid daarvan kan niet worden ingestaan. Er wordt geen enkele garantie of verklaring, noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend, gegeven terzake van de redelijkheid, juistheid of volledigheid van de informatie welke op de site wordt gepubliceerd of waartoe via de site toegang toe wordt geboden.

Iedere aansprakelijkheid voor eventuele schade ten gevolge van toegang tot en gebruik van de site, wordt door @Home uitdrukkelijk afgewezen. Er wordt geen garantie geboden voor het foutloos en ononderbroken functioneren van de sites.'

4 Schematische weergave van de opbouw van ISP-overeenkomsten

In grote lijnen ziet de opbouw van de algemene voorwaarden van de vijftien onderzochte ISP's eruit zoals hieronder omschreven.[40] Natuurlijk hanteert niet iedere ISP dezelfde begrippen en regelt de ene ISP alles in verschillende bepalingen waar een andere ISP bepalingen samenbrengt onder één noemer.[41] Sommige ISP-voorwaarden bestaan uit

40 Zie ook Stuurman, Kaspersen & Van Duuren 1998, p. 416 en Kaspersen, Stuurman, Van Duuren & Neppelenbroek 1999, p. 44-45.

41 De Consumentenbond en de NLIP hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om binnen het kader dat de Commissie voor Consumentenaangelegenheden (CCA) van de SER in overleg tot overeenstemming te komen over de inhoud van branche specifieke algemene voorwaarden. Het overleg in het kader van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg (CZ) is in augustus 2000 gestart. Het doel was tweezijdige branchespecifieke algemene voorwaarden tot stand te laten komen in deze sector: Algemene voorwaarden voor Internet Providers. De meest recente versie van deze concept voorwaarden dateert van 29 november 2004.

slechts negen artikelen, andere uit zevenentwintig artikelen. De volgorde waarin de onderwerpen van de ISP-voorwaarden zijn gerangschikt is voor iedere onderzochte ISP verschillend. Opvallend is dat veel ISP's wel een apart artikel wijden aan de verplichtingen van de klant, maar niet aan de verplichtingen van de ISP. De verplichtingen van de ISP moeten dan worden afgeleid uit de overige artikelen. Ik heb uit de onderwerpen die veel voorkomen een zo algemeen mogelijke opbouw afgeleid.

Definities
Veertien van de vijftien ISP's vangen hun algemene voorwaarden aan met een lijst van definities waarin uitleg wordt gegeven van de door de ISP gehanteerde begrippen.

Algemeen
Het tweede artikel uit de algemene voorwaarden van de verschillende ISP's draagt veelal de term 'algemeen' en regelt onder andere de toepasselijkheid (gelding) van de algemene voorwaarden, de totstandkoming van de overeenkomst en de wijziging van de algemene voorwaarden.

Verplichtingen van de ISP
Acht van de onderzochte ISP's hebben in hun algemene voorwaarden een specifiek artikel opgenomen dat de verplichtingen van de ISP omschrijft, de andere zeven omschrijven de verplichtingen in verschillende artikelen.

Verplichtingen van de klant
Elf van de vijftien onderzochte ISP's hebben in hun algemene voorwaarden een specifiek artikel opgenomen dat de verplichtingen van de klant omschrijft, de overige vier ISP's omschrijven de verplichtingen in verschillende artikelen of onder het kopje 'gebruik van de diensten'.

Aansprakelijkheid
Alle vijftien ISP's hebben in hun algemene voorwaarden een artikel opgenomen waarin de aansprakelijkheid van de ISP zoveel mogelijk wordt uitgesloten.

Diensten en beheer
Alle ISP's beschrijven de door hun aangeboden diensten in hun algemene voorwaarden, daarnaast wordt er aandacht besteed aan het beheer van het systeem van de ISP. De aangeboden diensten worden door sommige ISP's ook omschreven onder het kopje definities.

Klachtenregeling en helpdesk
Bijna alle onderzochte ISP's beheren een helpdesk en nemen klachten serieus, hieromtrent is daarom ook het een en ander in hun algemene voorwaarden geregeld.

Een definitieve versie is niet totstandgekomen en zal ook niet meer tot stand komen nu de NLIP is opgeheven.

Duur en beëindiging
Over de duur en de beëindiging van de overeenkomst is in de meeste onderzochte algemene voorwaarden een bepaling opgenomen.

Sanctiemogelijkheden
Enkele van de onderzochte ISP's hebben in hun algemene voorwaarden een bepaling over ontbinding opgenomen, twee ISP's hebben een bepaling over opschorting opgenomen. Ik vat dit samen onder het kopje sanctiemogelijkheden omdat het sancties zijn die aan de klant kunnen worden opgelegd als hij niet aan zijn verplichtingen voldoet.

Vergoedingen en betalingen
Alle betaalde ISP's hebben artikelen in hun algemene voorwaarden opgenomen die de vergoeding (prijzen/tarieven/kosten) en de betalingsmogelijkheden regelen. Soms zijn er ook regelingen over financiële zekerheidstelling opgenomen.

Overmacht
Acht van de onderzochte ISP's hebben in hun algemene voorwaarden een artikel 'overmacht' opgenomen waarin ze uitleggen wanneer er sprake is van overmacht. Andere ISP's omschrijven overmacht veelal onder het kopje slotbepalingen.

Intellectuele eigendomsrechten
Van de onderzochte ISP's hebben elf ISP's een bepaling in hun algemene voorwaarden opgenomen die de licentievoorwaarden van de toegangssoftware reguleert.

Privacy
De meeste ISP's regelen in hun algemene voorwaarden iets over de geheimhouding van persoonsgegevens en dataverkeer of hebben een privacyverklaring als bijlage bij hun algemene voorwaarden gevoegd.

Geschillenbeslechting en toepasselijk recht
De meeste algemene voorwaarden worden afgesloten (slotbepalingen) met een artikel over geschillenbeslechting en het toepasselijke recht.

Varia
Onder dit kopje vallen de overige bepalingen die ik in de algemene voorwaarden van de onderzochte ISP's ben tegengekomen, zoals: 'verval vorderingen' en 'verjaring'.

Deze paragraaf sluit ik af met een indeling van ISP-voorwaarden in algemene bedingen, deze komen in het algemeen genomen standaard in algemene voorwaarden voor en specifieke bedingen die meer specifiek zijn voor een ISP-overeenkomst. Op deze indeling is de verdere inhoudelijke vergelijking in paragraaf 5 gebaseerd.

Algemene bedingen:
A. Definities
B. Kopje 'algemeen'
C. Duur en beëindiging
D. Vergoedingen en betalingen
E. Geschillenbeslechting en toepasselijk recht

F. Varia

Specifieke bedingen:
G. Verplichtingen van de ISP
H. Verplichtingen van de klant
I. Aansprakelijkheid
J. Intellectuele eigendomsrechten
K. Privacy
L. Diensten en beheer
M. Klachtenregeling en helpdesk
N. Sanctiemogelijkheden
O. Overmacht

5 De verschillende contractsonderwerpen nader beschouwd

In deze paragraaf worden de contractsonderwerpen die ik in paragraaf 4 heb onderscheiden nader beschouwd en vergeleken.[42] De algemene voorwaarden van de ISP XS4ALL worden als uitgangspunt genomen en geïnventariseerd en (horizontaal) vergeleken met die van de andere veertien ISP's.[43]

5.1 Algemene bedingen

A. Definities

In het onderdeel 'definities' worden (veelal in alfabetische volgorde) definities gegeven van de door de ISP gehanteerde begrippen, ook wel begripsomschrijving(-en) genoemd.[44] In de definities wordt een aantal kernbegrippen verduidelijkt zoals:

> 'account, accountgegevens, e-mail-adres, fair use, handleiding, homepage, inbelnummer, klant, log-in-procedure, Netiquette, overeenkomst, schrijfruimte, systeem, website, verkeersgegevens, naam van de ISP en ISP diensten.'

---

42 Hierbij heb ik gebruik gemaakt van twee afstudeerscripties die geschreven zijn in opdracht van de NLIP: G. Schutte, *De algemene voorwaarden van Internet Service Providers onder de loep genomen*, afstudeerscriptie Hogeschool Enschede, januari 2000; en D. Hoefer, *Samen sterk op het e-netwerk. De model algemene voorwaarden voor Internet serviceproviders kritisch bekeken*, doctoraalscriptie Rotterdam, mei 2001.

43 Aangezien XS4ALL de eerste ISP in Nederland was die algemene voorwaarden publiceerde, hebben veel ISP's dankbaar gebruik gemaakt van de gepubliceerde algemene voorwaarden van XS4ALL om zodoende hun juridische kosten te beperken. Dit is voor mij een reden geweest de algemene voorwaarden van XS4ALL in het vergelijkende onderzoek als uitgangspunt te nemen.

44 Alleen Compuserve heeft in haar algemene voorwaarden geen lijst met definities opgenomen.

De hier gehanteerde volgorde is afkomstig uit art. 1 van de algemene voorwaarden van XS4ALL.[45]

Alle ISP's omschrijven hun naam in de definities, behalve Casema. De contractuele wederpartij van de ISP wordt in de algemene voorwaarden op verschillende manieren aangeduid: klant, gebruiker, abonnee, contractant, lid en afnemer. Overal wordt de partij bedoeld die met de ISP een overeenkomst heeft gesloten, dan wel die van de software of de dienst gebruik maakt. @Home omschrijft ook het begrip aspirant abonnee:

> 'een natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij Essent Kabelcom een aanvraag heeft ingediend voor levering van een kabelinternetdienst, welke aanvraag door Essent Kabelcom nog niet is geaccepteerd door middel van een schriftelijk of elektronisch bericht.'

De 'overeenkomst' is de overeenkomst (ook wel genoemd het abonnement) tussen ISP en een abonnee op grond waarvan ISP-diensten ten behoeve van de abonnee worden verricht (ter beschikking worden gesteld), en op grond waarvan de algemene voorwaarden van toepassing zijn. Vaak wordt ook nog het begrip 'algemene voorwaarden' nader omschreven als:

> 'verkorte aanduiding van deze algemene voorwaarden (die van toepassing zijn op het abonnement).'

Sommige ISP's definiëren ook 'aanvullende gebruiksvoorwaarden'.

Definities van de begrippen als 'account', 'systeem', 'dienst', 'aansluiting', 'toegangscode' en 'netwerk', zijn het uitgangspunt om de rechten en verplichtingen van partijen te beschrijven. XS4ALL verstaat onder account:

> 'de klantennaam waarmee de klant toegang krijgt tot het systeem van XS4ALL.'

Andere ISP's gebruiken het begrip '(toegangs-)code', of de begrippen 'gebruikersnaam' of 'host-naam' in combinatie met een wachtwoord. Onder systeem verstaat XS4ALL:

> 'computer- en aanverwante apparatuur waarmee XS4ALL de klant toegang tot het internet verleent.'

---

45 In de definities van de andere ISP's kwam ik nog de volgende begrippen tegen: 'aanmelding, aansluiting, aansluitpunt, aanvaarding, algemene voorwaarden, aanvullende gebruiksvoorwaarden, gebruiker, gebruikersnaam, gedragsregels, internet, software, installatiepakket, service, wachtwoord, abonnee, abonnement, abonnementsvorm, toegangscode, contractant, eindapparatuur, randapparatuur, netwerk, breedbanddiensten, leverancier breedband aansluiting, kabelmodum, pc-systeem, gegevensbestanden, geschillencommissie, helpdesk, inschrijfformulier, aanvraag, aanvraagformulier, oplevering, NLIP, illegale gegevens, ontoelaatbare gegevens, schadelijke gegevens, postbuscode, tarievenlijst, werkdagen, voorzieningen, lid, lidmaatschap, ISP-code, vereniging, locatie, acceptable use policies, hostnaam, onderhoudstijden, ingangsdag, afnemer, hostprovider, programmatuur, IP-adres en domeinnaam.'

De andere ISP's gebruiken hier de begrippen 'netwerk' of 'eindapparatuur'. Onder accountgegevens verstaat XS4ALL:

> 'Accountgegevens zijn de gegevens die XS4ALL verzamelt en bewaart om rekeningen te kunnen sturen naar de klant, inclusief, indien van toepassing voor de facturering en voorzover mogelijk, verbruiksgegevens over dataverkeer. Verkeersgegevens zijn de overige gegevens die de klant genereert op de systemen van XS4ALL door van de XS4ALL diensten gebruik te maken.'

Onder handleiding verstaat XS4ALL software en klantendocumentatie die XS4ALL gedurende de overeenkomst aan de klant beschikbaar stelt ten behoeve van toegang tot het systeem en het internet. De andere ISP's hanteren hier de begrippen 'software', 'programmatuur', 'kabelmodum', 'installatiepakket' en 'randapparatuur'. Het inbelnummer is het telefoonnummer van XS4ALL waarmee de klant toegang tot het systeem en het internet kan verkrijgen. Planet Internet hanteert het begrip aansluiting:

> 'de toegang tot de dienst via onder andere een telefoon- en/of kabelaansluiting.'

Chello hanteert het begrip aansluitpunt:

> 'Het eindpunt van het netwerk van UPC op de locatie, dat bestemd is voor aansluiting op de randapparatuur en dat de klant toegang geeft tot het gebruik van de Chello service.'

Daarnaast spreekt Chello nog van voorzieningen:

> 'Al hetgeen UPC op enige wijze aan de klant ter beschikking heeft gesteld ten behoeve van de levering van de Chello service, waaronder mede begrepen de apparatuur behorend tot het aansluitpunt (o.a. het kabelmodem), exclusief de bekabeling van het aansluitpunt naar de randapparatuur, de netwerkkaart en USB adapter.'

De log-in-procedure is de procedure voorgeschreven door XS4ALL teneinde de klant in staat te stellen toegang te verkrijgen tot het systeem en het internet.

Alle onderzochte ISP's geven in hun definities een omschrijving van 'dienst' of 'diensten'. Chello spreekt van 'service'. XS4ALL verstaat onder diensten:

> 'De XS4ALL diensten zijn de diensten of opdrachten die door XS4ALL ten behoeve van klanten worden verricht.'

EuroNet verstaat onder diensten:

> 'EuroNet internetdiensten zijn de door EuroNet op grond van het abonnement te leveren diensten, bestaande uit onder meer (1) het verlenen van toegang tot het internet, (2) het tegen betaling verlenen van toegang tot door of namens EuroNet te leveren informatiediensten dan wel aanvullende diensten, (3) de mogelijkheid e-mail te ontvangen en te versturen via een e-mail-adres, (4) de mogelijkheid een

homepage te openen en te gebruiken, (5) het hosten of co-loceren[46] van websites, homepages of computers, via welke informatie wordt aangeboden en (6) het registreren van domeinnamen.'

Demon verstaat onder dienst:

'de dienst of opdracht die wij ten behoeve van u verrichten.'

Planet verstaat onder dienst:

'De dienstverlening van Planet Internet, waarbij via de technische infrastructuur van Planet Internet toegang wordt verkregen tot het internet en waarbij onder andere informatie elektronisch kan worden geraadpleegd, elektronische berichten tussen gebruikers uitgewisseld kunnen worden en server-ruimte kan worden aangeboden voor het plaatsen van informatie.'

Daarnaast spreekt XS4ALL nog van 'fair use' in haar definities:

'het redelijke gebruik door de klant van dataverkeer, diskruimte en/of belasting van het systeem door XS4ALL nader te preciseren in aanvullende voorwaarden bij diensten waarop dit van toepassing is.'

EuroNet spreekt van Fair Use Policy:

'het redelijk gebruik door de gebruiker van dataverkeer (upload en download), diskruimte en/of belasting van het systeem, door EuroNet nader te preciseren in aanvullende voorwaarden bij diensten waarop dit van toepassing is.'

Chello spreekt van acceptable use policy. XS4ALL omschrijft in haar definities ook Netiquette:

'de algemeen aanvaarde gedragsregels op het internet zoals vastgelegd in RFC 1855 (ftp://ftp.ripe.net/rfc/rfc1855.txt) en toekomstige aanpassingen hiervan.'[47]

EuroNet sprak van Netetiquette, maar heeft dit in 2005 gewijzigd in Netiquette:[48]

'de wereldwijd gangbare gedragsregels voor het gebruik van (toepassingen van) het internet.'

---

46 Co-loceren moet als een speciale vorm van hosting worden gezien. Een voorbeeld is Startpagina.nl die bij XS4ALL is ge-colocated. Startpagina huurt een complete server bij XS4ALL en heeft daar al zijn diensten op draaien zonder dat XS4ALL hier iets over te zeggen heeft. XS4ALL verhuurt in dit geval een server en fungeert als doorgeefluik naar het interent. In het Engels wordt gesproken over *colocation* (soms gespeld als 'co-location' of 'collocation').

47 Chello gebruikt dezelfde beschrijving in haar definities.

48 Casema sprak in 2001 van 'nettiquette', maar heeft dit inmiddels ook gewijzigd in Netiquette.

B. Kopje 'algemeen'

Onder het kopje 'algemeen' hebben twee ISP's bepalingen opgenomen betreffende toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, de totstandkoming van de overeenkomst en de wijziging van de algemene voorwaarden. Zeven van de onderzochte ISP's hanteren voor het tweede artikel in hun algemene voorwaarden wel het kopje 'algemeen' maar regelen of de totstandkoming van de overeenkomst, of de wijziging van de algemene voorwaarden in een apart artikel. Zes ISP's brengen de drie onderwerpen onder in drie aparte artikelen. Ik breng ze hier allemaal samen onder het kopje 'algemeen'.

Toepasselijkheid algemene voorwaarden
Alle onderzochte ISP's hebben in hun algemene voorwaarden een beding opgenomen dat de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden regelt.[49] Voor de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden gebruikt XS4ALL de volgende bepaling:

> '2.1 Deze algemene voorwaarden gelden voor iedere aanbieding en overeenkomst tussen XS4ALL en een klant, voorzover door partijen niet uitdrukkelijk van deze voorwaarden schriftelijk is afgeweken.'

De andere ISP's hanteren soortgelijke bepalingen, bijvoorbeeld Casema:

> '2.1 Deze algemene voorwaarden zijn van toepassing op alle aanbiedingen van Casema terzake van de Casema Internet diensten, alsmede op alle rechtsbetrekkingen tussen Casema en de klant, verband houdend met of voortvloeiend uit het internetabonnement.'

Uit de bepaling van XS4ALL blijkt dat afwijking van de algemene voorwaarden mogelijk is. Bij vier ISP's is de mogelijkheid van afwijking niet in de algemene voorwaarden opgenomen. Planet Internet regelt de afwijkingsmogelijkheid als volgt:

> '2.3 Bedingen die afwijken van de in deze algemene voorwaarden voorkomende bedingen hebben slechts gelding indien en voorzover zij in overleg met Planet Internet tot stand zijn gekomen en door Planet Internet als zodanig zijn aanvaard.'

Bij EuroNet zijn 'deze' algemene voorwaarden van toepassing tenzij uitdrukkelijk en schriftelijk door EuroNet Internet anders is bepaald. Hieruit blijkt dat afwijking mogelijk is. Drie ISP's vermelden dat voor specifieke diensten aanvullende voorwaarden kunnen gelden, bijvoorbeeld Compuserve:

---

49 Compuserve spreekt niet van algemene voorwaarden, maar van een ledenovereenkomst: 'Deze overeenkomst is een juridisch document waarin de rechten en plichten van u als CompuServe lid en de rechten en plichten van CompuServe Interactive Services Ltd. ('CIS', 'wij', 'we' of 'ons') worden omschreven. Deze overeenkomst is in principe bedoeld om al uw rechten en plichten ten overstaan van CIS met betrekking tot het gebruik van CompuServe te omschrijven; wij menen dat dit redelijk is.'

> '2. Wanneer u echter gebruik maakt van aanverwante diensten zoals onze internationale gebieden, andere Compuserve diensten zoals Executive news of software/ diensten van derde partijen, dan kunnen aanvullende voorwaarden en condities gelden.'

Vier ISP's hebben een rangordebepaling opgenomen. Bij negen ISP's ben ik bepalingen tegengekomen die de door de klant zelf gehanteerde voorwaarden van de hand wijzen. Bijvoorbeeld Freeler:

> '2.4 Toepasselijkheid van voorwaarden van de gebruiker – onder welke benaming dan ook – worden door Freeler uitdrukkelijk van de hand gewezen. Bedingen die afwijken van in deze algemene voorwaarden voorkomende bedingen zijn uitsluitend geldend indien een daartoe bevoegde medewerker van Freeler daarmee schriftelijk – niet zijnde per e-mail – heeft ingestemd.'

Uit de toepasselijkheidsbepalingen van de algemene voorwaarden blijkt dat de algemene voorwaarden in veel gevallen zowel van toepassing zijn op de B2C relatie als op de B2B relatie, slechts enkele ISP's hebben aparte voorwaarden opgesteld voor de B2B relatie.[50]

Bij XS4ALL kom ik de volgende bepaling tegen:

> '15.3 Indien een of meerdere bepalingen van deze algemene voorwaarden nietig of vernietigbaar zijn, laat zulks de geldigheid van de overige bepalingen onverlet. In geval van nietigheid van een of meer bepalingen van deze voorwaarden zullen partijen gebonden zijn door regels van zoveel mogelijk overeenkomstige strekking, welke niet aan nietigheid blootstaan.'

Chello bepaalt:

> '24.3 Eventuele ongeldigheid van één of meer bepalingen van de overeenkomst of de algemene voorwaarden tast de geldigheid van de overige bepalingen niet aan.'

Bij negen andere ISP's kom ik soortgelijke bepalingen tegen in hun slotartikelen.

Bij Tiscali (art. 2 lid 3 en 5) en Vuurwerk (art. 1 sub b en e) ben ik de volgende bepalingen tegengekomen:

> 'Deze algemene voorwaarden treden in de plaats van (eventuele) eerdere algemene abonnementsvoorwaarden.'
>
> 'In alle gevallen waarin een overeenkomst eindigt, blijven deze algemene voorwaarden de betrekking tussen partijen beheersen voorzover dit voor de afwikkeling daarvan noodzakelijk is.'

---

50 Een verandering in 2005 ten opzicht van 2001 is dat Demon nu twee verschillende sets algemene voorwaarden hanteert, één voor particulieren en één voor de zakelijke markt. Demon hanteert naast deze algemene voorwaarden ook 'voorwaarden voor het gebruik van e-mail', 'voorwaarden voor het gebruik van usenet news' en 'voorwaarden voor het gebruik van de homepages service'.

In de algemene voorwaarden van SURFnet Thuis was het volgende bepaald:

> '3.1 De instelling reikt de gebruiker na ontvangst van de ondertekende inschrijfovereenkomst tenminste de hier genoemde zaken over, …, algemene voorwaarden SURFnet Thuis.'

Ten slotte vermeldt Casema nog:

> '2.6 De klant is ermee bekend dat via de Casema Internet Diensten toegang tot (informatie) diensten van derden kan worden verkregen, waarop (algemene) voorwaarden en tarieven van die derden van toepassing kunnen zijn.'

Totstandkoming overeenkomst
De totstandkoming van de overeenkomst wordt door XS4ALL als volgt omschreven:

> '2.2 Alle door XS4ALL gedane aanbiedingen zijn vrijblijvend. Een overeenkomst komt tot stand op het moment dat XS4ALL een aan een aspirant-klant toegezonden overeenkomst of aanvraag/machtigingsformulier volledig ingevuld en ondertekend retour ontvangt, of anderszins in opdracht van de aspirant-klant XS4ALL diensten aan deze ter beschikking heeft gesteld. Na aanvaarding van het aanbod door de klant is onverwijlde herroeping door XS4ALL mogelijk. Door herroeping komt geen overeenkomst tot stand en is XS4ALL gehouden al hetgeen XS4ALL reeds heeft ontvangen aan de klant terug te betalen. XS4ALL kan een klant om haar moverende redenen weigeren.'

Naast XS4ALL omschrijven zeven ISP's in hun algemene voorwaarden dat de overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan. De zeven andere ISP's omschrijven de totstandkoming van de overeenkomst door alleen de aanvaarding te omschrijven, bijvoorbeeld Tiscali:

> '3.3 Een overeenkomst komt tot stand door: a) elektronische aanmelding, bijvoorbeeld via CD-rom of de website van Tiscali; een en ander conform de instructies van Tiscali; b) telefonische aanmelding; c) het retourneren van een volledig door de klant ingevuld en ondertekend aanvraagformulier.
> 3.4 Onverminderd het bepaalde in artikel 3.3 zal Tiscali zo spoedig mogelijk na ontvangst van de aanmelding van de abonnee zorg dragen voor toegang tot de dienst(en). De termijn van de overeenkomst gaat in op de datum waarop de toegangscode door Tiscali aan de abonnee ter beschikking is gesteld en de diensten zijn opgeleverd.'

Of bijvoorbeeld Compuserve:

> '2. Wanneer u akkoord gaat met de voorwaarden in deze overeenkomst en u de CompuServe registratieprocedure voltooid hebt, dan wordt u houder van een account.'

Vier ISP's hebben net als XS4ALL de volgende bepaling opgenomen:

> 'Alle offertes en aanbiedingen van de ISP zijn geheel vrijblijvend.'

Tiscali bepaalt dat een herroeping van haar aanbod mogelijk is.[51] Chello bepaalt dat iedere aanbieding van UPC betreffende de Chello service vrijblijvend is en geldt als een uitnodiging tot het doen van een aanvraag.[52]

Uit de formulering van XS4ALL maak ik op dat het aanvragen van een abonnement bij XS4ALL alleen schriftelijk mogelijk is.[53] De meeste ISP's bieden naast het schriftelijk aanvragen van een abonnement ook de mogelijkheid van telefonisch aanvragen. Acht ISP's bieden de mogelijkheid van online aanvragen van een abonnement via een website of e-mail.[54]

Bij Compuserve staat de volgende bepaling vermeld in de ledenovereenkomst:

> '1. U kunt geen account krijgen en lid worden van Compuserve voordat u alle voorwaarden van deze ledenovereenkomst hebt aanvaard door het aanvinken van het "akkoord" vakje op het bestelformulier en te klikken op "verzend".'

Vuurwerk heeft in haar slotbepalingen vermeldt dat:

> '18.g De Algemene Voorwaarden zijn vermeld op de website van Vuurwerk Internet (www.vuurwerk.nl) en vandaar op te halen. Zij worden tevens op verzoek kosteloos toegezonden door Vuurwerk Internet. De algemene voorwaarden Vuurwerk Internet zijn voorts gedeponeerd bij de Arrondissementsrechtbank Haarlem en de Kamer van Koophandel te Amsterdam onder nummer 33303418.'

Freeler heeft in haar slotbepalingen omschreven dat de algemene voorwaarden te allen tijde beschikbaar zijn op de website van Freeler.[55]

Over de vereisten van de aanvraag bepaalt Compuserve het volgende:

> '1. U moet minstens 18 jaar zijn om een Compuserve account op uw eigen naam te kunnen registreren. Ben je nog geen 18 jaar dan mag je wel gebruik maken van Compuserve, maar alleen op basis van een account dat op naam staat van je ouder(s) of je voogd.'[56]

Hieruit kan een identificatieplicht worden opgemaakt. Bij Planet Internet is de klant verplicht Planet Internet te voorzien van correcte naam, adres, woonplaats, telefoon en rekeninggegevens. De aspirant-abonnee dient indien het een natuurlijk persoon betreft op verzoek van @Home een bewijs ter identificatie als bedoeld in de Wet op de identificatieplicht te tonen en een bewijs van zijn vaste woon- of verblijfplaats in

---

51 Art. 3 lid 2 algemene voorwaarden Tiscali.
52 Art. 2 lid 1 algemene voorwaarden Chello.
53 Uit paragraaf 3 'Wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten' van deze bijlage blijkt echter dat dat niet het geval is.
54 Zie paragraaf 3 van deze bijlage.
55 Art. 14 lid 5 algemene voorwaarden Freeler.
56 Iemand boven de 18 jaar wordt aangesproken met u, iemand jonger dan 18 jaar met je.

Nederland.[57] Elke toekomstige gebruiker van Freeler is verplicht het aanvraagformulier volledig en naar waarheid ingevuld te zenden aan Freeler. Indien de klant een rechtspersoon betreft hanteren de meeste ISP's (onder andere XS4ALL) dezelfde algemene voorwaarden, door vijf ISP's worden er extra vereisten gesteld bij de aanvraag. Planet Internet bepaalt bijvoorbeeld dat indien gebruiker een rechtspersoon betreft, in de betreffende velden (online) de bedrijfnaam, het nummer van de Kamer van Koophandel, datum van registratie bij de Kamer van Koophandel en de bedrijfsvorm dienen te worden ingevuld. Tiscali bepaalt dat de aanvraag dient te worden gedaan door een daartoe (statutair) bevoegde vertegenwoordiger van de rechtspersoon. De overige ISP's bepalen hun vereisten betreffende de aanvraag in hun aanvraagformulier.

Negen van de onderzochte ISP's hebben een weigeringsclausule opgenomen. XS4ALL kan een aspirant klant om haar moverende redenen weigeren. Tiscali behoudt zich het recht voor abonnementen te weigeren, wat de aanvrager zo spoedig mogelijk zal worden medegedeeld. @Home bepaalt dat zij niet verplicht is tot acceptatie van een aanvraag.[58] Planet Internet bepaalt dat in het geval van onjuiste invulling van de aanvraag zij de toegang tot de dienst kan blokkeren, dan wel het abonnement per direct kan opzeggen. Daarnaast heeft Planet Internet het recht een gebruiker om haar moverende redenen te weigeren. Over de reden van de weigering acht Planet Internet zich niet verplicht een verklaring te geven.[59]

Chello heeft bij haar weigeringsclausule een lijst met weigeringsgronden opgenomen, ze bepaalt echter dat zij niet verplicht is over de reden van weigering een verklaring te geven.[60] Uit deze opsommingen is af te leiden dat abonnementen kunnen worden geweigerd indien de klant niet aan zijn verplichtingen voldoet. Handelingsonbevoegdheid van de klant is een weigeringsgrond die ook in de wet is bepaald.[61] Onvoldoende kredietwaardigheid of het niet verstrekken van een waarborgsom kan een weigeringsgrond zijn. Aangezien Chello internet via de kabel aanbiedt kan het niet nakomen van financiële verplichtingen in het kader van het kabelabonnement een weigeringsgrond opleveren. Een volgende weigeringsgrond is aanwezig indien het aannemelijk is dat de aspirant-abonnee zich niet zal houden aan de bepalingen in het aanvraagformulier, de algemene voorwaarden en/of de aanvullende gebruiksvoorwaarden. Tot slot is er volgens Chello een weigeringsgrond indien de aspirant abonnee weigert een incasso-machtiging te ondertekenen ten behoeve van de betaling van de service.[62]

Wijziging algemene voorwaarden

Omdat de diensten van een ISP en de online wereld constant in ontwikkeling zijn, zal het nodig zijn dat een ISP zijn algemene voorwaarden van tijd tot tijd aanpast. XS4ALL hanteert voor de wijziging van haar algemene voorwaarden de volgende bepaling:

---

57 Art. 2 lid 3 onder a algemene voorwaarden @Home.
58 Art. 2 lid 6 algemene voorwaarden @Home.
59 Art. 4 lid 5 algemene voorwaarden Planet. Het Net hanteert dezelfde bepaling in art. 3 lid 2.
60 Art. 2 lid 2 algemene voorwaarden Chello.
61 Art. 3:32 BW.
62 Zie hierover ook onderdeel D. Vergoedingen en betalingen.

> '2.3 XS4ALL is te allen tijde gerechtigd deze algemene voorwaarden te wijzigen. Wijzigingen worden een (1) maand na bekendmaking op de wijze als bedoeld in art. 12.2 van kracht. Indien de klant niet instemt met de wijzigingen, heeft de klant, in afwijking van art. 10.1, tot het tijdstip van inwerkingtreding van de wijzigingen, de bevoegdheid de overeenkomst per de datum waarop de gewijzigde voorwaarden van kracht worden, op te zeggen.'

Alle andere ISP's hanteren een soortgelijke clausule.[63] Vijf van de onderzochte ISP's bieden de klant niet expliciet de mogelijkheid tot opzegging indien de voorwaarden worden gewijzigd. Dertien ISP's hebben nog de volgende zinsnede opgenomen:

> 'Wijzigingen gelden ook ten aanzien van reeds gesloten overeenkomsten.'

In art. 12 lid 2 van de algemene voorwaarden van XS4ALL staat dat de wijzigingen uiterlijk twee maanden voordat zij van kracht worden, bekendgemaakt worden in de nieuwsgroep XS4ALL.announce en op de webpagina's van XS4ALL. Planet Internet, Freeler en Het Net bepalen dat wijzigingen schriftelijk en/of per e-mail bekend worden gemaakt. @Home regelt de bekendmaking als volgt:

> '20.2 Als bekendmaking geldt een kennisgeving geplaatst op of bij de factuur die de abonnee ontvangt, in een e-mail of een mededeling op de website.'

Compuserve en Vuurwerk bepalen dat na het tijdstip van inwerkingtreding de klant wordt geacht de wijzigingen – stilzwijgend – te hebben aanvaard.[64]

C. Duur en beëindiging

In art. 10 van de algemene voorwaarden van XS4ALL is de volgende bepaling opgenomen over de duur en het einde van de overeenkomst:

> '10.1 De overeenkomst wordt steeds aangegaan voor de in de overeenkomst bepaalde termijn. De overeenkomst wordt steeds stilzwijgend na afloop van de eerste termijn met een zelfde termijn verlengd. Opzegging van de overeenkomst dient te geschieden met inachtneming van een opzegtermijn van een (1) maand tegen het einde van de overeengekomen periode. Opzegging is mogelijk zowel schriftelijk als per fax, met dien verstande dat de opzegtermijn eerst aanvangt op de dag waarop XS4ALL de opzegging ontvangt.'

Bijna alle onderzochte ISP's hebben in hun algemene voorwaarden bepalingen opgenomen waarin de duur van de overeenkomst wordt bepaald. Op basis van de onderzochte algemene voorwaarden kunnen bij de ISP's, net als bij XS4ALL, overeenkomsten worden aangegaan voor een bepaalde termijn die telkens na afloop stilzwijgend wordt verlengd met een zelfde termijn.

---

63 Bijvoorbeeld HCCnet in art. 2 van haar algemene voorwaarden.
64 Art. 2 algemene voorwaarden Compuserve en art. 1 sub f algemene voorwaarden Vuurwerk.

De gehanteerde termijn voor opzegging bedraagt als regel een maand of dertig dagen. Bij Het Net kan de overeenkomst te allen tijde worden beëindigd met inachtneming van een opzegtermijn van dertig dagen.[65] HCCnet hanteert geen opzegtermijn.[66]

Wie er kan overgaan tot opzegging van de overeenkomst wordt in de algemene voorwaarden van XS4ALL niet aangegeven. De meeste ISP's bepalen expliciet dat de overeenkomst door elk der partijen kan worden opgezegd onder dezelfde voorwaarden. Vuurwerk bepaalt ook dat de overeenkomst door elk der partijen kan worden opgezegd, maar er gelden verschillende voorwaarden:

> '3.b Opzegging van een overeenkomst door de afnemer dient minimaal twee (2) kalendermaanden voor het einde van de termijn te geschieden. Vuurwerk Internet heeft het recht de overeenkomst op ieder moment schriftelijk of per e-mail te beëindigen, waarbij een opzegtermijn van minimaal twee (2) kalendermaanden in acht dient te worden genomen. Opzegging door afnemer dient schriftelijk te geschieden per aangetekende post, waarbij als opzegdatum geldt de datum van de poststempel.'

Opzegging kan meestal uitsluitend schriftelijk (per post, soms ook per fax) plaatsvinden. De ISP's Compuserve en Het Net vermelden niet hoe opzegging dient te geschieden. Bij @Home is opzegging per e-mail mogelijk.[67] Chello bepaalt dat opzegging per telefoon of e-mail alleen geldig is na een schriftelijke bevestiging door UPC.[68]

Opzegging dient bij Tiscali met opgaaf van reden te geschieden:

> '15.2 De overeenkomst aangegaan voor onbepaalde tijd, kan door elk der partijen uitsluitend schriftelijk per post aangetekend, met opgaaf van reden, worden beëindigd tegen het einde van een kalendermaand met inachtneming van een opzegtermijn van 1 maand.'

Demon bepaalt dat indien de klant de overeenkomst opzegt doch na die ingangsdag niettemin gebruik maakt van de dienst, de opzegging wordt beschouwd als niet gedaan:

> '14.2 Na afloop van de minimumtermijn van de overeenkomst hebben zowel u als wij het recht de overeenkomst schriftelijk of per fax op te zeggen. Daarbij dient de in de bijzondere voorwaarden bepaalde opzegtermijn in acht te worden genomen. Is in de bijzondere voorwaarden geen opzegtermijn bepaald, dan bedraagt deze termijn dertig (30) dagen. Eindigt de overeenkomst door opzegging midden in een lopende termijn, dan bent u voor het reeds verstreken deel van die termijn een evenredig deel van de periodieke vergoeding verschuldigd. Indien u de overeenkomst opzegt maar na de opzegtermijn van dertig (30) dagen toch gebruik maakt van de dienst, wordt de opzegging beschouwd als niet gedaan.'

---

65 Art. 14 lid 1 algemene voorwaarden Het Net.
66 Art. 12 algemene voorwaarden HCCnet.
67 Art. 21 lid 2 algemene voorwaarden @Home.
68 Art. 20 lid 2 algemene voorwaarden Chello.

EuroNet bepaalt dat de voortijdige beëindiging van het abonnement door de gebruiker in geen geval zal kunnen leiden tot restitutie van betaalde (abonnements)vergoedingen.

Een gratis abonnement kan, indien gedurende een periode van zestig dagen geen gebruik wordt gemaakt van de dienst, onmiddellijk en zonder nadere kennisgeving door Tiscali worden beëindigd.[69]

D. Vergoedingen en betalingen

XS4ALL heeft ten aanzien van haar prijzen in art. 12 van haar algemene voorwaarden het volgende geregeld:

> '12.1 De klant is afhankelijk van de te leveren XS4ALL dienst(en) een vergoeding verschuldigd. Alle prijzen zijn exclusief BTW, administratiekosten en eventuele bijkomende heffingen en/of rechten, tenzij anders vermeld.
> 12.2 XS4ALL is te allen tijde gerechtigd de hoogte van de vergoedingen en overige kosten te wijzigen. De wijzigingen worden uiterlijk twee maanden voordat zij van kracht worden bekendgemaakt in de nieuwsgroep XS4ALL.announce en op de website van XS4ALL. De klant die zich niet kan verenigen met deze wijzigingen is bevoegd, in afwijking van art. 10.1, tot het tijdstip van inwerkingtreding van de wijziging, de overeenkomst per de datum waarop de wijzigingen ingaan, op te zeggen.'

Alle ISP's hebben in hun algemene voorwaarden een uitvoerige regeling opgenomen over de hoogte van de vergoedingen. De prijs is veelal afhankelijk gesteld van de te leveren diensten en wordt meestal per maand berekend. De bepalingen variëren van de betaling van een vergoeding voor de gebruikmaking van de dienst(en), tot extra uren die in rekening worden gebracht, tot administratiekosten die in rekening worden gebracht. Compuserve bepaalt bijvoorbeeld het volgende:

> '3. Hoewel bepaalde gebieden van Compuserve aangeduid worden als gratis gebied, moet Compuserve kosten maken om ze te onderhouden. Daarom behouden we ons het recht voor om gebruik dat langer duurt dan vijf uur per maand ten laste van uw account (tegen onze normale tarieven) in rekening te brengen.'

De volgende bepaling ben ik bij verschillende ISP's tegengekomen:

> 'De door de gebruiker gemaakte telefoonkosten worden rechtstreeks door de telecommunicatieaanbieder bij de gebruiker in rekening gebracht.'

De ISP's @Home, Casema en Chello die internet aanbieden via de kabel, hebben niet te maken met telefoonkosten. De klant is dan een eenmalig bedrag voor het tot stand brengen van de aansluiting op de kabel verschuldigd. Bij Chello is de klant ook een waarborgsom voor de kabelmodem verschuldigd.[70] De kosten voor het gebruik maken van de kabel worden doorberekend in de maandelijkse abonnementsprijs. Tiscali en

69 Art. 15 lid 4 algemene voorwaarden Tiscali.
70 Art. 7 algemene voorwaarden Chello.

Vuurwerk die beiden geen kabelexploitanten zijn, melden in hun voorwaarden dat de kosten voor kabelaansluiting geen vergoedingen voor door hen verstrekte diensten betreffen.

De prijzen zijn meestal net als bij XS4ALL exclusief BTW. Alle door Tiscali gehanteerde prijzen zijn inclusief BTW.[71] Sommige ISP's vermelden niet in hun algemene voorwaarden of de prijzen inclusief of exclusief BTW zijn.

In de algemene voorwaarden is vaak aangegeven dat de ISP het recht heeft om de tarieven te wijzigen.[72] In art. 4 lid 4 bepaalt @Home:

> '4.4 Essent Kabelcom kan de tarieven die voor de kabelinternetdienst gelden wijzigen, nadat zij de wijziging tenminste 2 (twee) weken voorafgaande aan de inwerkingtreding aan de abonnee bekend heeft gemaakt per reguliere post, e-mail en/of plaatsing op de website of in een (regionaal) dagblad. Indien een abonnementstarief voor de abonnee in ongunstige zin wijzigt, heeft de abonnee het recht de overeenkomst per reguliere post of per e-mail op te zeggen, welke opzegging effectief wordt op de datum van inwerkingtreding van de tariefswijziging, mits deze opzegging voor de datum van inwerkingtreding van de tariefswijziging door Essent Kabelcom is ontvangen.'

Demon bepaalt:

> '9.4 Wij hebben het recht vergoedingen te wijzigen. Wij brengen u uiterlijk veertien (14) dagen voordat de wijziging in werking treedt op de hoogte van de wijziging. Indien u het niet eens bent met de gewijzigde vergoeding, heeft u het recht de overeenkomst voor het intreden van de wijziging te ontbinden. De ontbinding geldt vanaf het moment dat de wijziging in werking treedt.'

Vuurwerk heeft in haar algemene voorwaarden een bepaling opgenomen over meerwerk/extra kosten:

> '3.d Indien Vuurwerk Internet ten behoeve van de afnemer werkzaamheden dient te verrichten, uit welke hoofde dan ook, die niet in een overeenkomst tussen beide partijen schriftelijk zijn vastgelegd, of kosten ontstaan doordat de klant op enigerlei wijze in gebreke is gebleven en daardoor uitvoering van de overeenkomst onmogelijk maakt of bemoeilijkt, worden deze werkzaamheden/kosten als meerwerk beschouwd en als zodanig extra in rekening gebracht.'

De betaling heeft XS4ALL als volgt geregeld:

> '13.1 De aan XS4ALL verschuldigde vergoedingen dienen bij vooruitbetaling te worden voldaan, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen. De klant is verplicht binnen veertien (14) dagen na factuurdatum het verschuldigde te betalen.
> 13.2 Indien de klant niet binnen de termijn van art. 13.1 betaalt, verkeert hij of zij van rechtswege in verzuim en is hij of zij zonder nadere ingebrekestelling wettelijke

71 Art. 9 lid 4 van de algemene voorwaarden van Tiscali.
72 Zie art. 12 lid 2 van de algemene voorwaarden van XS4ALL.

> rente verschuldigd over het factuurbedrag. Tevens zijn alle redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte voor rekening en risico van klant. Deze kosten bedragen 15% over het te vorderen bedrag met een minimum van EUR 10,–, tenzij XS4ALL aantoont dat de werkelijk gemaakte kosten hoger zijn.'

Alle ISP's hebben een uitvoerige regeling opgenomen over de betalingswijze. Vergoeding dient bij vooruitbetaling te worden voldaan, alleen Planet Internet bepaalt dit niet expliciet en bij Tiscali kunnen de bedragen ook achteraf in rekening worden gebracht.[73] Sommige ISP's melden in hun algemene voorwaarden dat de betalingsverplichtingen ingaan op de dag waarop de overeenkomst tot stand komt. De meest voorkomende betalingstermijn is een (1) maand. Dit komt overeen met het berekenen van de prijs per maand. De ISP's brengen de verschuldigde vergoedingen door middel van een factuur in rekening. Sommige ISP's versturen de factuur per e-mail aan de klant.[74] Indien de factuur door de klant is ontvangen dient deze binnen een bepaalde termijn, veelal ook een maand, te worden voldaan.

Over de wijze waarop moet worden betaald, heeft alleen XS4ALL niets in haar algemene voorwaarden geregeld. Door de andere betaalde ISP's worden verschillende manieren van betaling geëist. Bij de meeste ISP's dient de klant via automatische incasso te betalen. Planet Internet bepaalt bijvoorbeeld dat de gebruiker verplicht is om Planet Internet te machtigen de verschuldigde bedragen via automatische incasso af te schrijven van zijn Nederlandse bank- of girorekening, tenzij anders bepaald door Planet Internet.[75] Demon en Compuserve bieden de klant ook de mogelijkheid te betalen via creditcard.

Alle ISP's hebben in hun algemene voorwaarden regelingen opgenomen over het niet tijdig betalen. Indien de klant niet tijdig heeft betaald, wordt dit door Planet Internet en @Home aan de klant medegedeeld en wordt daarbij een nadere termijn van betaling vastgesteld.[76] Is ook binnen die termijn niet betaald, dan is de klant van rechtswege in verzuim. Vijf ISP's verbinden aan het in verzuim zijn de sanctie om de aansluiting van de klant buiten gebruik te stellen zonder dat de klant hier van tevoren door de ISP van op de hoogte wordt gesteld. Sommige ISP's behouden zich het recht voor financiële zekerheid te verlangen in geval van twijfel over de kredietwaardigheid van de (aanstaande) abonnee.[77]

Indien de klant meent dat het bedrag van de factuur onjuist is biedt EuroNet aan de klant de mogelijkheid schriftelijk bezwaar te maken.[78] Chello bepaalt:

> '3.5 Voor de bepaling van de hoogte van de bedragen die de klant verschuldigd is, wordt ervan uitgegaan dat de gegevens zoals die blijken uit de boekhouding van UPC juist zijn, behoudens tegenbewijs door de klant.'[79]

---

73 Art. 10 lid 1 algemene voorwaarden Tiscali.
74 Zie bijvoorbeeld art. 4 lid 3 van de algemene voorwaarden van @Home.
75 Art. 13 lid 1 algemene voorwaarden Planet.
76 Art. 13 lid 5 algemene voorwaarden Planet en art. 5 lid 4 algemene voorwaarden @Home.
77 Zie bijvoorbeeld art. 2 lid 2 algemene voorwaarden @Home.
78 Art. 13 lid 5 algemene voorwaarden EuroNet.
79 Zie ook art. 11 lid 3 algemene voorwaarden Casema.

E. Geschillenbeslechting en toepasselijk recht

In art. 15 van haar algemene voorwaarden bepaalt XS4ALL het volgende:

> '15.1 Op elke overeenkomst tussen XS4ALL en de klant is Nederlands recht van toepassing. De rechter te Amsterdam is bij uitsluiting bevoegd kennis te nemen van geschillen welke voortvloeien uit of samenhangen met overeenkomsten tussen XS4ALL en de klant.
> 15.2 Indien de klant, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, het niet eens is met deze keuze, is hij of zij bevoegd binnen een termijn van een (1) maand nadat XS4ALL een beroep op art. 15.1 heeft gedaan, te kiezen voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter.'

Behalve Casema, bepalen alle onderzochte ISP's dat Nederlands recht van toepassing is op de overeenkomst/de voorwaarden/de (rechts-)betrekkingen. Compuserve omschrijft het als volgt:

> '9. Op de tekst, de tenuitvoerlegging en de gevolgen van deze overeenkomst is Nederlands recht van toepassing.'

Behalve Casema, Compuserve[80] en @Home,[81] hebben alle onderzochte ISP's een forumkeuze gedaan voor de Nederlandse rechter die bevoegd is bij geschillen. Aangezien in de meeste gevallen de ISP de gedaagde zal zijn, hebben veel ISP's, net als XS4ALL, de rechter van hun woonplaats/vestigingsplaats bevoegd verklaard bij het voortvloeien van geschillen uit de overeenkomst. Enkele ISP's vermelden de mogelijkheid binnen tenminste een maand te kiezen voor het forum dat op grond van de wet bevoegd is net als XS4ALL expliciet in hun algemene voorwaarden. Demon bepaalt:

> 'Wij en u leggen alle geschillen die mochten ontstaan naar aanleiding van de overeenkomst voor aan de bevoegde rechter te Amsterdam, tenzij op grond van de wet een andere rechter bevoegd zou zijn en u voor beslechting van het geschil voor die rechter kiest binnen vijf (5) weken nadat wij ons schriftelijk op dit art. 15.2 hebben beroepen.'

Tiscali bepaalt dat geschillen tussen haar en de abonnee aanhangig worden gemaakt bij de bevoegde rechter te Utrecht, dan wel ter keuze van Tiscali, bij de bevoegde rechter van de woonplaats van abonnee.[82]

---

80 Compuserve heeft wel het Nederlandse recht van toepassing verklaard, daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de Nederlandse rechter bevoegd is.

81 @Home bepaalt in art. 22 lid 4 van haar algemene voorwaarden dat geschillen zullen worden beslecht door de bevoegde rechter. Zie echter ook art. 23 van de algemene voorwaarden van @Home.

82 Art. 18 lid 4 algemene voorwaarden Tiscali.

Vuurwerk en Casema hadden een geschillenregeling in hun algemene voorwaarden opgenomen in samenhang met het lidmaatschap van de NLIP.[83] Zij bepaalden dat geschillen die ontstaan aan de NLIP-geschillencommissie konden worden voorgelegd. Vuurwerk bepaalde dat zij ook zelf een geschil kan voorleggen aan de NLIP-geschillencommissie maar dat was volgens het huishoudelijk reglement van de NLIP niet mogelijk. Opvallend is dat elf van de onderzochte ISP's lid waren van de NLIP, maar dat maar drie van hen in hun algemene voorwaarden verwezen naar de geschillencommissie van de NLIP.

F. Varia

Enkele ISP's hebben een bepaling opgenomen over het verval van vorderingen of hanteren een verjaringstermijn.

5.2 Specifieke bedingen

G. Verplichtingen van de ISP

In art. 3 lid 1 en 2 van haar algemene voorwaarden geeft XS4ALL haar verplichtingen weer:

> '3.1 XS4ALL spant zich als een goed dienstverlener in zorg te dragen voor: a) het verlenen van aansluiting op het systeem aan de klant voor de in de overeenkomst bepaalde XS4ALL dienst(en); b) het tot stand brengen en in stand houden van de verbindingen die via het systeem met het internet gemaakt kunnen worden; c) de beveiliging van gegevens die opgeslagen worden.
> 3.2 XS4ALL kan echter geen onbelemmerde toegang tot het systeem en het internet garanderen, noch dat te allen tijde gebruik gemaakt kan worden van de XS4ALL diensten.'

Ook de meeste andere ISP's hebben bepalingen opgenomen als:

> 'zal zich inspannen' (Planet, Het Net, Tiscali);
> 'spant zich in' (Freeler);

Demon bepaalt:

> '4.1 Wij hebben een inspanningsverplichting (en geen resultaatsverplichting) om de dienst beschikbaar te houden.'

83 In de versies van de algemene voorwaarden van juni 2005 zijn deze bepaling nog steeds opgenomen, art. 17 sub a algemene voorwaarden Vuurwerk en art. 18 algemene voorwaarden Casema.

Vuurwerk bepaalt:

> '7.a Aan de zijde van Vuurwerk Internet bestaat een inspanningsverplichting om de overeengekomen diensten zo optimaal en zorgvuldig mogelijk aan de afnemer te verlenen, met inachtneming van de haar ten dienste staande technische middelen.'

XS4ALL verplicht zich als 'een goed dienstverlener' te gedragen. Als goed dienstverlener spant XS4ALL zich in zorg te dragen voor bepaalde verplichtingen. Ten eerste draagt XS4ALL zorg voor het verlenen van aansluiting op het systeem aan de klant voor de in de overeenkomst bepaalde XS4ALL diensten. Planet verleent gebruiker de mogelijkheid gebruik te maken van de dienst binnen de door Planet aan te geven beperkingen, zoals nader omschreven in de door Planet beschikbaar gestelde informatie (waaronder begrepen de op de homepage van Planet opgenomen informatie) en deze algemene voorwaarden, door de indienststelling van de in de overeenkomst bedoelde aansluiting.[84] De drie kabel-ISP's verlenen aansluiting op het systeem via een kabelmodem.[85]

Ten tweede draagt XS4ALL zorg voor het tot stand brengen en in stand houden van de verbinding die via het systeem met het internet gemaakt kan worden. Casema bepaalt:

> '8.1 Casema streeft ernaar de Casema Internet diensten 24 uur per dag, 7 dagen per week beschikbaar te stellen.'[86]

Vuurwerk bepaalt het volgende:

> '7.b Vuurwerk Internet draagt zorg voor de beschikbaarheid van de overeengekomen diensten, waarbij zij zich tot het uiterste inspant om optimale beschikbaarheid te bieden.'

Ten derde draagt XS4ALL zorg voor de beveiliging van gegevens die worden opgeslagen. Tiscali bepaalt het volgende:

> '11.5 Tiscali spant zich in voor een degelijke beveiliging van de dienst. Tiscali geeft echter gaan garantie voor de aangebrachte beveiliging. Tiscali is niet aansprakelijk voor enige schade aan de zijde van de abonnee of derden die ondanks de door Tiscali genomen maatregelen mocht ontstaan.'

EuroNet verplicht zich de nodige medewerking te verlenen aan netwerkbeveiliging, beveiliging van gebruikerstoegangen en beveiliging van vertrouwelijk informatie in het algemeen.[87] EuroNet neemt de redelijkerwijs mogelijke technische en organisatorische maatregelen ten behoeve van de veiligheid en beveiliging van haar systeem, daarbij rekeninghoudende met de aard van de risico's, de stand van de techniek en de kosten

---

84 Art. 6 lid 1 algemene voorwaarden Planet Internet.
85 Alle bepalingen met betrekking tot het kabelmodem worden besproken onder L. Diensten en beheer.
86 EuroNet heeft dezelfde bepaling opgenomen in art. 6 lid 1 van haar algemene voorwaarden.
87 Art. 4 lid 3 algemene voorwaarden EuroNet.

van implementatie van de maatregelen.[88] Uit art. 11 lid 2 van de algemene voorwaarden van Freeler blijkt dat zij zich zal inspannen om de toegang tot informatie van de gebruiker, alsmede informatie die voor de gebruiker bestemd is, te beveiligen.

Uit de garantiebepaling van XS4ALL blijkt dat zij geen onbelemmerde toegang tot het systeem en het internet kan garanderen, noch te allen tijde gebruik kan worden gemaakt van de XS4ALL diensten. De bepaling van Planet Internet luidt als volgt:

> '6.2 Planet Internet garandeert uitdrukkelijk niet dat altijd gebruik kan worden gemaakt van de dienst of dat het verkeer over Planet Internet altijd goed over Planet Internet kan worden afgewikkeld. Omstandigheden die de levering van de Planet Internet dienst kunnen verhinderen zijn onder andere: storingen in de verbinding met het internet, storingen in het telefoonnet van de telecommunicatie-aanbieder, volledige bezetting van de inbelpunten van Planet Internet, uitval van elektriciteit en storingen in de dienst.'

Over dataverkeer bepaalt Chello in art. 9 van haar algemene voorwaarden het volgende:

> '9.1 UPC garandeert uitdrukkelijk geen minimumsnelheid noch dat altijd gebruik kan worden gemaakt van de Chello service of dat de klant altijd gebruik kan maken van de beschikbaar gestelde capaciteit.'
>
> '9.6 UPC staat er niet voor in dat dataverkeer doorgegeven door of naar de klant door middel van de Chello service binnen redelijke termijn, op juiste wijze en in oorspronkelijke staat wordt ontvangen. UPC aanvaardt ter zake geen aansprakelijkheid.'

Vuurwerk bepaalt:

> '7.b Vuurwerk Internet kan niet garanderen dat de telefoonlijn, kabelverbinding en/of andere verbindingen met Vuurwerk Internet en/of het internet optimaal gebruik en toegang bieden, in het bijzonder niet wanneer Vuurwerk Internet van het gebruik en de levering van deze verbindingen afhankelijk is van derden (telecommuncatiebedrijven, kabelexploitanten, etc.)
> 7.c Vuurwerk Internet staat niet in voor geschiktheid van de diensten voor het doel dat de afnemer voor ogen heeft, ook niet als dit doel vooraf aan Vuurwerk Internet kenbaar is gemaakt. De afnemer doet afstand van zijn recht op vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling.'

Enkele ISP's behouden zich bepaalde rechten voor of geven zich bepaalde rechten. Chello bepaalt:

> '9.3 UPC behoudt zich het recht voor om controles uit te voeren op het gebruik van haar netwerk en het verbruik van bandbreedte door individuele klanten, zulks in verband met het verbruik.'

88 Art. 11 lid 5 algemene voorwaarden EuroNet.

Casema bepaalt:

> '6.4 Casema heef het recht (onder meer ter voorkoming van overbelasting van het netwerk of hinder voor andere internetgebruikers) beperkingen te stellen aan transmissiesnelheden en hoeveelheden dataverkeer (upload en download), welke beperkingen per abonnementsvorm verschillen. Indien de klant deze beperkingen niet in acht neemt heeft Casema het recht de toegang tot de Casema Internet diensten (tijdelijk) te beperken of aan de klant te ontzeggen, dan wel extra kosten hiervoor in rekening te brengen. Per abonnementsvorm zijn de beperkingen bij Casema op te vragen en worden op de website (www.casema.nl) gepubliceerd.'[89]

Met betrekking tot overdracht bepaalt Compuserve:

> '10. CIS behoudt zich het recht voor om zijn rechten en verplichtingen onder deze overeenkomst over te dragen of uit te besteden. Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van CIS is het u niet toegestaan om uw rechten en plichten onder deze overeenkomst over te dragen of daar afstand van te doen.'

Over kennisgeving bepaalt Compuserve:

> '10. Op grond van deze overeenkomst dienen wij u van tijd tot tijd op de hoogte te brengen van belangrijke zaken. Dergelijke kennisgevingen zullen we, naast andere methoden, aan u sturen per e-mail of per reguliere post. Een kennisgeving via e-mail zal naar uw geregistreerde account bij Compuserve worden gestuurd. Een kennisgeving per reguliere post zal verstuurd worden naar het adres dat u ons verstrekt tijdens uw registratie. Een kennisgeving per e-mail verkrijgt haar rechtsgeldige werking twee dagen na ontvangst. Een kennisgeving per reguliere post verkrijgt haar rechtsgeldige werking twee werkdagen na aangetoonde verzending per post.'

In art. 10 van haar ledenovereenkomst bepaalt Compuserve vervolgens:

> '10. Wanneer u of CIS in gebreke blijft betreffende het uitoefenen van een recht of een rechtsmiddel onder deze overeenkomst, dan betekent dit niet dat van dat recht of rechtsmiddel afstand wordt gedaan of dat daarmee verhinderd wordt dat dit recht alsnog uitgeoefend wordt.'

Met betrekking tot overdracht bepaalt Vuurwerk:

> '18.c De afnemer verleent hierbij op voorhand toestemming en medewerking aan volledige overdracht door Vuurwerk Internet van de rechten en verplichtingen uit de overeenkomst aan een derde zover Vuurwerk Internet nakoming van de overeenkomst met de afnemer garandeert.'

---

89 EuroNet heeft in art. 4 lid 6 van haar algemene voorwaarden een soortgelijke bepaling opgenomen.

Compuserve heeft nog de volgende bepaling met betrekking tot content opgenomen:

> '4. Met content bedoelen we de informatie, de software, de communicatie, de beelden en de geluiden die online aangeboden worden. De content die beschikbaar is via Compuserve wordt aangeboden door CIS en de daarbij aangesloten bedrijven, onze leden, Forummanagers, onafhankelijke content providers en andere derde partijen. Over het algemeen controleert Compuserve de content niet vooraf, maar CIS behoudt zich het recht voor om content die niet voldoet aan zijn normen of de CIS agreement terms & operating rules te verwijderen. We zijn niet verantwoordelijk voor de content die wordt aangeboden door anderen en ook niet voor een vertraging in of het uitblijven van verwijdering van content op Compuserve. CIS is niet verantwoordelijk voor content die beschikbaar is op het internet, alhoewel we ons wel het recht voorbehouden om de toegang op bepaalde gebieden op het internet te blokkeren. Dit betreft gebieden die mogelijk illegale of schadelijke content bevatten of die gebruikt worden voor doeleinden die nadelig zijn voor CIS, Compuserve of de leden.'

H. Verplichtingen van de klant

In art. 4 lid 1 tot en met 7 van haar algemene voorwaarden geeft XS4ALL de verplichtingen van de klant weer, die uitvoerig worden beschreven. Ook bij de andere onderzochte ISP's ben ik uitgebreide bepalingen tegengekomen over wat een klant wel en niet mag.[90] De verplichtingen bespreek ik hieronder één voor één.

Verantwoordelijk en zorgvuldig internetgebruiker
Ten eerste bepaalt XS4ALL dat de klant zich zal opstellen en gedragen conform hetgeen van een verantwoordelijk en zorgvuldig internetgebruiker mag worden verwacht.[91] Uit de bepalingen betreffende de verplichtingen van de klant in de algemene voorwaarden van de verschillende ISP's kunnen de verwachtingen van een verantwoordelijk en zorgvuldig internetgebruiker worden opgemaakt.

Wijzigingen in relevante gegevens meedelen
Ten tweede bepaalt XS4ALL dat de klant XS4ALL zo spoedig mogelijk schriftelijk in kennis stelt van wijzigingen in relevante gegevens. Met betrekking tot de verplichting om wijzigingen in relevante gegevens mee te delen aan de ISP zijn andere ISP's meer specifiek. In art. 2 lid 1 van haar algemene voorwaarden bepaalt Planet bijvoorbeeld:

> '2.1 De gebruiker is verplicht Planet Internet te voorzien van correcte naam, adres, woonplaats, telefoon en rekeninggegevens. Wijzigingen in deze gegevens dient

90 Zie bijvoorbeeld art. 7 algemene voorwaarden Planet, art. 12 algemene voorwaarden Tiscali, art. 2 en 4 algemene voorwaarden Compuserve, art. 6 algemene voorwaarden Het Net, art. 6 algemene voorwaarden Freeler, art. 5 algemene voorwaarden Demon, art. 8 algemene voorwaarden Vuurwerk, art. 10 algemene voorwaarden @Home, art. 6 algemene voorwaarden Casema, art. 16 algemene voorwaarden Chello.

91 Zie ook art. 7 lid 9 algemene voorwaarden Planet Internet, art. 6 lid 10 algemene voorwaarden Het Net en art. 12 lid 3 algemene voorwaarden Tiscali.

> gebruiker binnen 14 (veertien) dagen schriftelijk of via de site van Planet Internet aan Planet Internet mede te delen.'

Sommige ISP's bepalen dat de klant haar onmiddellijk c.q. onverwijld dient te informeren, andere ISP's hanteren geen termijn of tijdsbepaling.[92] Vuurwerk bepaalt bijvoorbeeld:

> '18.e De afnemer is verplicht van iedere voorgenomen adreswijziging en/of factuurgegevens onverwijld schriftelijk mededeling te doen aan Vuurwerk Internet. De afnemer kiest in haar relatie tot Vuurwerk Internet uitdrukkelijk domicilie op het laatste door afnemer aan Vuurwerk Internet schriftelijk opgegeven adres.'

De kabel-ISP's hebben bepalingen opgenomen over wijziging, verplaatsing en verhuizing van de aansluiting. @Home bepaalt bijvoorbeeld:[93]

> '6.2 Indien de abonnee zijn (correspondentie-)adres de aansluiting of de levering van de kabelinternetdienst wenst te wijzigen, te verplaatsen of te verhuizen, dient hij de wijziging zo spoedig mogelijk, doch tenminste 4 weken voorafgaand aan de wijziging, aan Essent Kabelcom elektronisch (website) of schriftelijk (per reguliere post of e-mail) mede te delen. Essent Kabelcom zal de abonnee mededelen of de beoogde wijziging, verplaatsing of verhuizing (technisch) mogelijk is en zo ja, welke kosten hieraan verbonden zijn.
> 6.3 De abonnee is, zonder voorafgaande toestemming van Essent Kabelcom, niet gerechtigd zelf de aansluiting te wijzigen, te verplaatsen of te verhuizen, noch zulks te laten doen door een andere persoon of organisatie dan Essent Kabelcom voorzover het voorzieningen ten behoeve van de kabelinternetdienst en/of apparatuur betreft die eigendom is van Essent Kabelcom.'

Geen hinder en schade toebrengen

Ten derde bepaalt XS4ALL dat de klant zich ervan onthoudt overige klanten of internetgebruikers te hinderen en schade toe te brengen aan het systeem, gevolgd door een uitwerking van deze bepaling. Het is de klant verboden processen of programma's – al dan niet via het systeem – op te starten waarvan de klant weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zulks XS4ALL, overige klanten of internetgebruikers hindert of schade toebrengt. Hierbij is nadrukkelijk ook indirecte schade inbegrepen door misconfiguratie aan de klantzijde, bijvoorbeeld maar niet uitsluitend 'open relaying' door een verkeerd geconfigureerde mail-server. Het is de klant slechts toegestaan processen of programma's op te starten indien er een directe, door XS4ALL toegestane verbinding met het systeem bestaat. Alle ISP's hebben een vergelijkbare bepaling opgenomen. Het Net bepaalt bijvoorbeeld:

> '6.12 Het is gebruiker niet toegestaan software te gebruiken of anderszins activiteiten te ondernemen welke de beschikbaarstelling van de dienst aan andere gebruikers

92 Art. 3 lid 6 algemene voorwaarden EuroNet.
93 Zie art. 16 en 17 van de algemene voorwaarden van Casema en art. 5 algemene voorwaarden Chello.

zal kunnen verhinderen of op een nadelige wijze zal kunnen beïnvloeden. Voorts is het de gebruiker niet toegestaan om processen/programma's op de systemen van Het Net te laten lopen als er geen directe verbinding met de Het Net systemen is. Een koppeling van computersystemen door gebruiker waarbij gebruik wordt gemaakt van de dienst c.q. software is niet toegestaan.'

Gedragsregels in acht nemen
Ten vierde bepaalt XS4ALL dat het de klant niet is toegestaan het systeem en de schrijfruimte te gebruiken voor handelingen en/of gedragingen die in strijd zijn met toepasselijke wettelijke bepalingen, de Netiquette, de richtlijnen van de Reclame Code Commissie, de overeenkomst of deze algemene voorwaarden. De onderzochte ISP's hebben soortgelijke bepalingen opgenomen. Planet bepaalt dat:

> 'de klant verplicht is bij gebruik van de dienst de toepasselijke wettelijke regels en de door Planet vastgestelde gedragsregels in acht te nemen. Deze gedragsregels zijn te vinden via de homepage van Planet, en maken een onlosmakelijk onderdeel uit van deze algemene voorwaarden.'[94]

Uit de algemene voorwaarden van XS4ALL volgt een niet-limitatieve opsomming van handelingen en gedragingen die onrechtmatig zijn. Andere ISP's hebben ook een dergelijke niet-limitatieve opsomming in hun algemene voorwaarden opgenomen.[95] Gedeeltelijk zijn deze gedragingen ook terug te vinden in de wet, de Netiquette en fair use policy.[96] De onrechtmatige gedragingen en handelingen die volgen uit de onderzochte algemene voorwaarden zijn de volgende:

- *Spamming*: Het ongevraagd verzenden van grote hoeveelheden e-mail met dezelfde inhoud en/of het ongevraagd in grote aantallen nieuwsgroepen op het internet posten van een bericht met dezelfde inhoud. Hieronder is ook spam begrepen die via elke andere provider wordt verstuurd met referentie aan een website, e-mailadres of andere dienst bij de ISP.
- *Inbreuk op intellectuele eigendomsrechten*: het inbreuk plegen op auteursrechtelijk beschermde werk(en) of het anderszins handelen in strijd met de intellectuele eigendomsrechten van derden, waaronder begrepen, maar niet beperkt tot: auteursrechten, merkenrechten, rechten uit hoofde van de Europese richtlijn 96/9 inzake de rechtsbescherming van databanken, octrooirechten, modellenrechten.
- *Bedreiging*: Seksuele intimidatie of het op andere wijze lastig vallen van personen.
- *Hacken*: Het zonder toestemming binnendringen van andere computers of computersystemen op het internet c.q. computervredebreuk via de dienst of het internet, waarbij de deelnemer enige beveiliging doorbreekt en/of zich toegang verwerft door een technische ingreep met behulp van valse signalen of een valse sleutel dan wel door het aannemen van een valse hoedanigheid (geen autorisatie).
- *Diefstal.*

94 Art. 7 lid 9 algemene voorwaarden Planet Internet.
95 Art. 8 lid 3 algemene voorwaarden Tiscali, art. 6 lid 3 algemene voorwaarden HCCnet, art. 5 lid 3 algemene voorwaarden Demon en art. 8 sub d algemene voorwaarden Vuurwerk.
96 Zie over Netiquette en fair use policy ook onderdeel A. Definities.

- *Niet in strijd met wettelijke bepalingen gegevens verspreiden*: De onrechtmatige en/of strafbare verspreiding van geheime of vertrouwelijke informatie, teksten en/of beeld- en geluidsmateriaal, waaronder racistische uitingen (discriminatie), kinderporno (het openbaar maken of verspreiden van kinderpornografie), crimineel dataverkeer, beledigende uitingen en zogenaamde 'mailbommen'.
- *Vernieling*: Vernieling, beschadiging of onbruikbaar maken van systemen of geautomatiseerde werken en software van anderen.
- *Virussen*: Het verspreiden van virussen of het anderszins opzettelijk verstoren van communicatie of gegevensopslag.
- *Gegevens onrechtmatig gebruiken*: Zonder toestemming van de desbetreffende derde geen gegevens van derden veranderen, wissen, onbruikbaar maken dan wel gegevens aan gegevens van derden toevoegen.

Hacken toegestaan
Ten vijfde bepaalt XS4ALL dat het klanten is toegestaan het systeem van XS4ALL te hacken.[97] De klant die als eerste erin slaagt een positie te verwerven gelijk aan de systeembeheerder van XS4ALL, krijgt van XS4ALL zes maanden gratis gebruik van het systeem aangeboden, onder voorwaarde dat de desbetreffende klant uitlegt op welke wijze hij of zij geslaagd is in het hacken, hij of zij geen schade heeft toegebracht aan het systeem en aan andere klanten en hij of zij de privacy van andere klanten heeft gerespecteerd. Iedere klant geeft bij deze toestemming aan andere klanten onder voornoemde voorwaarden te trachten het systeem te hacken. De bepaling ben ik niet bij de andere onderzochte ISP's tegengekomen.

Overdraagbaarheid
Ten zesde heeft XS4ALL een bepaling opgenomen over de overdraagbaarheid van het abonnement:

> '4.5 Het is de klant niet toegestaan zijn of haar account, de handleiding of andere uit de overeenkomst voortvloeiende rechten aan derden over te dragen of aan derden in gebruik te geven, tenzij XS4ALL hiervoor uitdrukkelijk schriftelijke toestemming heeft gegeven.'

Acht ISP's regelen de overdracht in het artikel over de totstandkoming van de overeenkomst. Planet regelt de overdracht ook in het artikel dat betrekking heeft op de verplichtingen van de klant:

> '7.12 Het is de gebruiker niet toegestaan zijn account en/of andere uit de overeenkomst voortvloeiende rechten aan derden over te dragen, tenzij Planet Internet hier uitdrukkelijke, schriftelijke toestemming voor heeft gegeven.'

Website laten ontwerpen, plaatsen en onderhouden
Ten zevende bepaalt XS4ALL dat het de klant is toegestaan door een derde een website te laten ontwerpen, plaatsen en onderhouden. Een dergelijk beding ben ik bij geen van de andere onderzochte ISP's tegengekomen.

---

97 Art. 4 lid 4 algemene voorwaarden XS4ALL.

Toegang tot het systeem mogelijk maken
Ten achtste bepaalt XS4ALL dat de klant zorg draagt voor de noodzakelijke hard- en software, configuratie, randapparatuur en verbindingen om toegang tot het systeem mogelijk te maken. Deze bepaling betreffende het mogelijk maken van toegang tot het systeem ben ik bij de meeste onderzochte ISP's tegengekomen. Planet bepaalt bijvoorbeeld:

> '7.1 De gebruiker dient zelf zorg te dragen voor het in bezit hebben en het functioneren van de noodzakelijke hard- en software, randapparatuur en verbindingen om indienststelling van de aansluiting mogelijk te maken.'[98]

Hoeveelheid schrijfruimte
Ten negende bepaalt XS4ALL dat de klant is gebonden aan de hoeveelheid schrijfruimte zoals beschreven in de overeenkomst. De klant is ervoor verantwoordelijk dat deze bevoegdheid niet wordt overschreden. Bij overschrijding is XS4ALL bevoegd, ten behoeve van een goed functioneren van de XS4ALL diensten informatie te verwijderen. Veel ISP's hebben een soortgelijke bepaling in hun algemene voorwaarden opgenomen. EuroNet bepaalt bijvoorbeeld:

> '4.8 De gebruiker zal op het door hem gebruikte deel van de EuroNet Internet diensten opgeslagen informatie (waaronder e-mail, FTP-sites) regelmatig en/of op verzoek van EuroNet Internet verwijderen. EuroNet Internet heeft het recht informatie die ouder is dan drie maanden te verwijderen in verband met het functioneren van de EuroNet Internet diensten.
> 4.9 De homepage of webpage zal maximaal de door EuroNet Internet aangegeven hoeveelheid informatie kunnen bevatten, welke hoeveelheid kan verschillen per abonnementsvorm. Voor overschrijding of uitbreiding van deze maximale hoeveelheid informatie kan EuroNet Internet een toeslag aan de gebruiker in rekening brengen.'

Sommige ISP's bepalen de hoeveelheid schrijfruimte expliciet in de algemene voorwaarden.

Zorgvuldig gebruik
Enkele ISP's hebben in hun algemene voorwaarden bepalingen voor de klant opgenomen over het zorgvuldig gebruik van de gebruiksnaam, het wachtwoord en de uitlog procedure. Planet bepaalt bijvoorbeeld:

> '7.3 De gebruikersnaam wordt op voorstel van de gebruiker door Planet Internet bepaald. De gebruikersnaam en het wachtwoord van de gebruiker zijn strikt persoonlijk. Het is de gebruiker dan ook niet toegestaan derden gebruik te laten maken van zijn gebruikersnaam en/of andere uit de overeenkomst voortvloeiende rechten.'

98 Het Net heeft in art. 6 lid 1 van haar algemene voorwaarden dezelfde bepaling opgenomen.

> '7.5 Gebruiker is verantwoordelijk voor het gebruik van de door gebruiker gekozen gebruikersnaam en wachtwoord en is aansprakelijk voor al het gebruik dat via zijn aansluiting van de dienst wordt gemaakt.
> 7.6 Bij gebruikmaking van diensten op het internet verplicht gebruiker zich om een ander wachtwoord te gebruiken dan het wachtwoord voor toegang tot de dienst.'
> '7.8 Gebruiker is verplicht, iedere keer dat hij het gebruik van de dienst wil beëindigen, uit te loggen op een wijze zoals beschreven in de door Planet Internet beschikbaar gestelde informatie. Kosten als gevolg van een onoordeelkundig uitloggen komen geheel voor rekening van de gebruiker.'[99]

I. Aansprakelijkheid

Sommige ISP's hebben hun eigen aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van de klant in verschillende artikelen of verschillende bepalingen geregeld. Hieronder wordt daarom een onderscheid gemaakt tussen de aansprakelijkheid van de ISP en de aansprakelijkheid van de klant.

Aansprakelijkheid van de ISP
In art. 5 lid 1 van haar algemene voorwaarden bepaalt XS4ALL over haar aansprakelijkheid het volgende:

> '5.1 XS4ALL is niet aansprakelijk voor schade in de ruimste zin van de klant, tenzij deze schade is veroorzaakt door grove schuld of opzet van XS4ALL. Met name is XS4ALL niet aansprakelijk voor schade die verband houdt met of het gevolg is van: onderbrekingen in, of blokkeringen van toegang tot, het systeem of het internet bij XS4ALL of derden, een gebrek in de beveiliging van de door de klant opgeslagen informatie op de systemen van XS4ALL, handelingen van andere klanten of internetgebruikers, wijzigingen in inbelnummers, log-in- procedure, account en e-mailadres.'

XS4ALL somt een aantal niet limitatieve gevallen op waarin zij niet aansprakelijk is voor de ontstane schade.

Alle onderzochte ISP's hanteren in hun algemene voorwaarden bepalingen over aansprakelijkheid.[100] Planet regelt haar aansprakelijkheid als volgt:

> '12.1 Planet Internet is nimmer aansprakelijk voor schade die gebruiker lijdt door tekortkomingen van Planet Internet bij de uitvoering van de overeenkomst.
> 12.2 Schade als bedoeld in lid 1, welke naar het oordeel van de gebruiker veroorzaakt is door grove schuld of opzet van Planet Internet, dient zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen 30 (dertig) dagen na ontstaan daarvan door middel van een aangetekend schrijven aan Planet Internet te zijn gemeld. Schade die niet binnen

99 Het Net heeft in art. 6 lid 4, 6 en 7 van haar algemene voorwaarden dezelfde bepalingen opgenomen maar bepaalt dat de gebruikersnaam na beëindiging van het abonnement eigendom blijft van Het Net.

100 Zie algemene voorwaarden art. 15 Vuurwerk, art. 12 Het Net, art. 11 @Home, art. 12 Demon, art. 9 Freeler, art. 10 HCCnet, art. 16 Tiscali, art. 18 Chello, art. 14 Casema, art. 6 Compuserve en art. 9 EuroNet.

> die termijn ter kennis van Planet Internet is gebracht komt niet voor vergoeding in aanmerking, tenzij gebruiker aannemelijk maakt dat hij de schade niet eerder heeft kunnen melden.
> 12.3 Planet Internet is niet aansprakelijk voor schade die de gebruiker lijdt als gevolg van gebruik van de dienst en/of internet door derden. Gebruiker vrijwaart Planet Internet tegen aanspraken van derden terzake van schade die derde lijden als gevolg van het gebruik van de dienst en/of internet door gebruiker.
> 12.4 Planet Internet is niet aansprakelijk voor de beveiliging van de door de gebruiker op de systemen van Planet Internet opgeslagen gegevens.'

Door een analyse te maken van de door de ISP's gehanteerde aansprakelijkheidsbepalingen kan het volgende worden opgemerkt. Bij aansprakelijkheid van de ISP gaat het om (een) (toerekenbare) tekortkoming(en) in de nakoming van de verbintenis tussen ISP en klant aan de zijde van de ISP. Kijken wij eerst naar het uiterlijk van de bedingen dan valt op dat de ene ISP een uitgebreide en uitvoerige bepaling heeft opgenomen terwijl een andere ISP aansprakelijkheid beknopt regelt. Bekijken wij de inhoud van de bedingen dan blijkt dat de onderzochte ISP's proberen aansprakelijkheid zoveel mogelijk uit te sluiten. Aansprakelijkheid wordt door de meeste ISP's beperkt tot opzet en grove schuld. Daarnaast wordt ook onderscheid gemaakt tussen directe (door dood of (lichamelijk) letsel) en indirecte (vervolgschade/gevolgschade) schade. Meestal wordt de vergoedingsplicht van de schade door de ISP's beperkt tot directe schade en geldt er geen aansprakelijkheid voor enige indirecte schade.

De meeste ISP's geven een omschrijving van de schade waarvoor zij in het bijzonder niet aansprakelijk zijn. Kijken wij naar de verschillende omschrijvingen van de uitgesloten schade dan kan het volgende worden opgemerkt. Ten eerste kan schade het gevolg zijn van toegangsproblemen. Voorbeelden zijn schade ten gevolge van: onderbrekingen/blokkeringen van toegang tot systeem en internet; bereikbaarheid van de inbelpunten; uitval en/of onbereikbaarheid van het internet; het niet, niet juist, niet tijdig of niet volledig functioneren van het systeem; wijzigingen in inbelnummers, log-in-procedure, account en e-mail-adres; uitval en/of onbereikbaarheid van het internet; schade door vertraging in het transport van het dataverkeer. Ten tweede kan schade het gevolg zijn van beveiliging. Voorbeelden zijn schade ten gevolge van: (gebrek in) de beveiliging van door de klant opgeslagen informatie; het uitlekken van vertrouwelijke gegevens; besmetting van hard- en software van de klant ten gevolge van computervirussen; verlies van data; verlies of beschadiging van computerprogrammatuur en gegevens; het uitlekken van vertrouwelijke gegevens; vermissing, wisseling of beschadiging van elektronische gegevens. Twee onderzochte ISP's bepalen dat het digitaal en/of elektromagnetisch opslaan en overbrengen van informatie risico's met zich mee brengt op het gebied van inhoud en beveiliging van de data. Deze ISP's stellen gezien deze risico's niet aansprakelijk te zijn voor schade voortvloeiend uit, dan wel verband houdend met: aantasting van de gegevens die digitaal of elektromagnetisch worden opgeslagen of overgebracht; alsmede verstoring, verdwijning en openbaarwording van vertrouwelijke en waardevolle informatie. Ten derde kan schade worden veroorzaakt door derden. Voorbeelden zijn schade ten gevolge van: handelingen van andere klanten of internetgebruikers; aanspraken van derden jegens de klant en schade aan de zijde van de klant die is veroorzaakt door derden, die al of niet gebruik maken van de dienst van de ISP. Ten vierde kan er een bepaalde soort schade worden geleden. Voorbeelden zijn: bedrijfsschade (bedrijfsstagnatie); personeel/bedrijfsleiding die schade veroorzaakt;

winstderving; verlies van contract; schade veroorzaakt door elektronische betaling; schade ontstaan uit millennium of euro problemen; gemiste besparingen; immateriële schade.

Sommige ISP's hebben de vergoedingsplicht van directe schade beperkt tot een bepaald maximum bedrag. Bijvoorbeeld ten hoogste een bedrag gelijk aan het bedrag dat de ISP voor de geleverde diensten heeft ontvangen, met een maximum. Soms is er daarnaast nog de bepaling opgenomen dat de totale vergoeding voor directe schade in geen geval meer zal bedragen dan bijvoorbeeld honderdduizend euro. Een reeks van samenhangende gebeurtenissen geldt als één gebeurtenis. Eén ISP spreekt over vergoeding van herstel- en vervangingskosten tot een bepaald bedrag.

Ontstane schade dient door de klant meestal binnen een bepaalde tijd (bijvoorbeeld binnen 30 dagen/1 maand/1 jaar) na het ontstaan van de schade aan de ISP te worden gemeld (schriftelijk), anders komt de schade niet voor vergoeding in aanmerking. Eén van de onderzochte ISP's stelt daarnaast dat aansprakelijkheid wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis slechts ontstaat indien de klant de ISP onverwijld en deugdelijk schriftelijk in gebreke stelt. De ingebrekestelling dient een zo gedetailleerd mogelijke omschrijving van de tekortkoming te bevatten, zodat de ISP in staat is adequaat te reageren.

Bij twee ISP's ben ik een garantiebepaling tegengekomen. Compuserve geeft geen enkele garantie (en sluit aansprakelijkheid hiervoor ook uit) en heeft geen enkele verplichting om ervoor te zorgen dat u in staat bent om toegang te krijgen tot Compuserve. Chello garandeert niet dat derden geen onbevoegde toegang kunnen krijgen tot enige gegevens of bestanden die de klant via de Chello service verzendt of ontvangt en/of die opgeslagen zijn op de PC van de klant. Chello garandeert voorts niet dat software in gebruik bij de klant of software die de klant via de Chello service van het internet betrekt geen virus of andere eigenschap bezit die schade kan toebrengen aan bij de klant opgeslagen gegevens en bestanden. Chello is niet aansprakelijk voor schade die de klant in verband met een en ander lijdt. Deze garantiebepalingen hebben betrekking op schade ten gevolge van beveiligings- en toegangsproblemen.[101]

Aansprakelijkheid van de klant

De aansprakelijkheid van de klant is door XS4ALL in art. 5 lid 2 en 3 van haar algemene voorwaarden geregeld:

> '5.2 De klant die handelt in strijd met zijn of haar verplichtingen uit de overeenkomst of deze algemene voorwaarden is aansprakelijk voor alle daaruit voor XS4ALL voortvloeiende schade.
> 5.3 De klant vrijwaart XS4ALL tegen alle aanspraken van derden terzake van schade of anderszins, op enigerlei wijze ontstaan door het gebruik van de klant van de account, het systeem of internet, dan wel door het niet nakomen van de klant van zijn of haar verplichtingen uit de overeenkomst of deze algemene voorwaarden.'

Vier van de onderzochte ISP's hebben geen specifieke bepaling in hun algemene voorwaarden opgenomen die de aansprakelijkheid van de klant regelt. De andere ISP's

101 Zie onderdeel G. Verplichtingen van de ISP, waar ik ook dergelijke garantiebepalingen ben tegengekomen.

hebben allemaal net als XS4ALL een vrijwaring opgenomen waarin de ISP door de klant wordt gevrijwaard van aansprakelijkheid.[102] De meeste ISP's bepalen dat een klant die in strijd handelt met de door de ISP opgelegde verplichtingen uit de overeenkomst of de algemene voorwaarden aansprakelijk is voor alle daar uit voortvloeiende schade.

J. Intellectuele eigendomsrechten

XS4ALL heeft niet expliciet iets geregeld over intellectuele eigendomsrechten in haar algemene voorwaarden. art. 6 lid 1 van de algemene voorwaarden van XS4ALL bepaalt wel het volgende:

> '6.1 XS4ALL verleent voor toegang tot het systeem en het internet aan de klant een niet-exclusief en niet-overdraagbaar recht om het systeem en de handleiding voor de duur van de overeenkomst te gebruiken. Het is de klant niet toegestaan de handleiding te kopiëren anders dan noodzakelijk voor normaal, eigen gebruik en back-up doeleinden. Bij het maken van kopieën zal de klant alle tekens die bepalend zijn voor de eigendom en herkomst, ongewijzigd in stand laten.'

Alle andere veertien ISP's hebben in hun algemene voorwaarden een bepaling opgenomen betreffende software/programmatuur. Acht ISP's verlenen een niet-exclusief en niet-overdraagbaar gebruiksrecht op de programmatuur/software en de daarbij behorende gebruikersdocumentatie aan de klant, voor de duur van de overeenkomst. Drie van deze acht ISP's bepalen dat het gebruiksrecht alleen geldt voor de dienst in Nederland. Casema bepaalt:

> '7.1 De klant verkrijgt uitsluitend een niet-exclusief gebruiksrecht op de software voor de duur van het internet abonnement. De klant accepteert de toepasselijke licentievoorwaarden.'

Vervolgens hebben tien van de veertien ISP's bepalingen opgenomen waaruit blijkt dat het de klant niet is toegestaan om, onder andere: de ter beschikking gestelde software en de daarbij behorende gebruikersdocumentatie te kopiëren anders dan noodzakelijk voor normaal, eigen gebruik en back-up doeleinden. Bij het maken van back-up kopieën zal de klant alle tekens, die bepalend zijn voor de eigendom en herkomst onverlet laten. Vervolgens is het niet toegestaan wijzigingen in of toevoegingen aan de software aan te (laten) brengen. Daarnaast is een koppeling van computersystemen door de klant waarbij gebruik wordt gemaakt van de dienst c.q. software niet toegestaan, behoudens voorzover een dergelijk recht op basis van dwingendrechtelijke bepalingen van de AW aan de klant is toegekend. Het is niet toegestaan derden gebruik van de software en/of de daarbij behorende documentatie te laten maken. Casema bepaalt:

> '7.3 Casema vrijwaart de klant voor de gevolgen van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van derden ontstaan door het gebruik van de door Casema beschikbaar gestelde (grafische) werken, de software en overige schriftelijke informatie, mits de klant Casema terstond informeert over aanspraken van derden, de

102 Zie bijvoorbeeld art. 12 lid 3 van de algemene voorwaarden van Planet Internet.

behandeling van aanspraken of geschillen aan Casema overlaat en Casema desgevraagd van eventueel benodigde informatie voorziet.'

Chello bepaalt nog:

'14.5 Na beëindiging van de overeenkomst dient de klant de ter beschikking gestelde software en alle kopieen onmiddellijk te vernietigen dan wel UPC in de gelegenheid te stellen daartoe over te gaan.'

K. Privacy

In art. 3 lid 3 van haar algemene voorwaarden bepaalt XS4ALL het volgende over privacy:

'3.3 XS4ALL onthoudt zich van het inzien van persoonlijke e-mail en/of bestanden van klanten en stelt deze niet ter beschikking van derden, tenzij XS4ALL hiertoe krachtens de wet of een rechterlijke uitspraak verplicht is, dan wel in het geval de klant handelt, of wordt vermoed te handelen, in strijd met artikel 4.2 tot en met 4.4 van deze algemene voorwaarden. XS4ALL heeft dit beleid nader omschreven in een aparte privacyverklaring. Deze verklaring staat online op <http://www.xs4all.nl/overxs4all/privacy/index.php>.'

In art. 4 lid 8 en 9 bepaalt XS4ALL vervolgens:

'4.8 De klant geeft bij deze toestemming aan XS4ALL zijn of haar persoonsgegevens op te nemen in de persoonsregistratie van XS4ALL welke benodigd is voor haar administratie en beheerstaken. Deze persoonsregistratie bevat zowel account- als verkeersgegevens en is slechts toegankelijk voor XS4ALL en wordt niet aan derden verstrekt, tenzij XS4ALL hiertoe krachtens de wet of een rechterlijke uitspraak verplicht is. De privacyverklaring geeft een specifiekere omschrijving van deze registratie, op <http://www.xs4all.nl/overxs4all/privacy/index.php>.
4.9 De klant kan een verzoek doen tot inzage of verwijdering van de eigen accountgegevens. Hij of zij kan dit vergezeld van een (kopie van) het (geldige) identiteitsbewijs of uittreksel van de Kamer van Koophandel per post of fax naar XS4ALL sturen. XS4ALL beantwoordt deze verzoeken kosteloos en binnen 3 werkdagen per e-mail naar het account van de klant. De klant heeft tegen vergoeding tevens recht op beperkte inzage in de verkeersgegevens van het account. Het gaat hierbij om de inlogtijdstippen van het eigen account, tot maximaal 3 maanden voor het moment van aanvraag. Ook voor deze inzage is een kopie van een geldig identiteitsbewijs of uittreksel uit de Kamer van Koophandel vereist. XS4ALL beantwoordt deze verzoeken binnen 5 werkdagen per e-mail naar het account van de klant. XS4ALL vernietigt de paspoortkopieën onmiddellijk na gebruik. Bij sommige diensten bestaat de mogelijkheid tot inzage in het eigen dataverkeer, voorzover deze gegevens bekend zijn. Specifieke aanvullende voorwaarden hiervoor worden bij deze diensten apart bekend gemaakt.'

XS4ALL verwijst in haar algemene voorwaarden door middel van het vermelden van het gehele URL-adres naar de door haar gehanteerde privacyverklaring. In de elektronische versie van de algemene voorwaarden van XS4ALL is er ook een daadwerkelijke

link naar de desbetreffende privacyverklaring aanwezig. Ook bij Planet Internet ben ik een verwijzing in de algemene voorwaarden tegengekomen naar een privacyreglement:

> '5.2 Met betrekking tot de in artikel 5.1. genoemde gegevens is het "privacyreglement" van Planet Internet van toepassing. Dit reglement is te vinden via de deze link.'[103]

Compuserve geeft in art. 1 van haar ledenovereenkomst een uitgebreide uitleg over wat persoonsgegevens zijn en wat zij er mee doet. Het Net bepaalt:

> '4.1 De gegevens van gebruiker worden opgenomen in een database van Het Net. Deze databank is aangemeld bij de Regsistratiekamer. De gebruiker stemt door aanvaarding van deze algemene voorwaarden in met de privacy policy van Het Net en geeft daarmee toestemming aan Het Net zijn persoonsgegevens, waaronder mede verstaan wordt gebruikersgegevens op te vragen en te verwerken voor de doelen als vermeld in de registratie. Gebruiker kan een gegeven toestemming te allen tijde schriftelijk of elektronisch intrekken.'[104]

In de onderzochte algemene voorwaarden ben ik bepalingen tegengekomen die betrekking hebben op de opname van persoonsgegevens in een klantenbestand (ten behoeve van administratie en beheerstaken), de verstrekking van persoonsgegevens aan derden, de geheimhoudingsplicht en het naleven van de privacywetgeving. De ene ISP regelt dit uitvoerig, de andere slechts kort en bondig. ISP's bepalen dat zij zich dienen te onthouden van inzien van persoonlijke e-mail en/of bestanden van klanten, tenzij de ISP hiertoe krachtens de wet of een rechtelijke uitspraak verplicht is. Daarnaast bepalen de meeste ISP's onder welke omstandigheden zij de persoonsgegevens wel aan derden ter beschikking stellen. De meeste ISP's geven de klant de mogelijkheid een verzoek te doen tot inzage of verwijdering van de persoonsgegevens.

L. Diensten en beheer

Art. 6 van de algemene voorwaarden van XS4ALL gaat over de XS4ALL diensten. In art. 6 lid 2 en lid 3 is het volgende bepaald:

> '6.2 Voor sommige diensten gelden aanvullende specifieke voorwaarden ten aanzien van het gebruik van de dienst. Deze aanvullende voorwaarden worden per dienst

103 In de elektronische versie van de algemene voorwaarden van Planet is een daadwerkelijke link naar het desbetreffende privacyreglement aanwezig.

104 Inmiddels is de WBP in werking getreden en heeft het College Bescherming Persoonsgegevens de Registratiekamer vervangen, dit heeft Het Net echter nog niet verwerkt in haar algemene voorwaarden.

apart bekendgemaakt. Hieronder vallen onder meer, maar niet uitsluitend een fair use policy,[105] toegangsrecht en eigendomsrecht.
6.3 XS4ALL biedt klanten de mogelijkheid een homepage te openen. XS4ALL stelt hiertoe beperkte schrijfruimte beschikbaar. Bij exploitatie van een commerciële homepage of website, ter discretie van XS4ALL te bepalen, zijn daarvoor vastgestelde additionele vergoedingen verschuldigd. Indien XS4ALL in opdracht van een klant een homepage of website ontwerpt, berusten alle intellectuele eigendomsrechten terzake van die homepage of website bij XS4ALL.'

XS4ALL bepaalt dat voor sommige diensten aanvullende specifieke gebruiksvoorwaarden gelden. Hieronder bekijk ik wat de verschillende ISP's over diensten in hun algemene voorwaarden hebben opgenomen en om welke specifieke diensten het kan gaan.

Homepage
XS4ALL biedt haar klanten de mogelijkheid tot het openen van een al dan niet commerciële homepage. Planet Internet, Het Net en Chello hebben een specifiek artikel in hun algemene voorwaarden opgenomen over de personal homepage.[106] Planet Internet bepaalt het volgende:

'10.1 Planet Internet biedt gebruiker, als onderdeel van de dienst, de mogelijkheid een eigen personal homepage te openen. Planet Internet stelt hiertoe beperkte schijfruimte en een beperkte hoeveelheid dataverkeer ter beschikking.
10.2 Planet Internet garandeert niet dat een aangemaakte personal homepage te allen tijden toegankelijk is.
10.3 Het is de gebruiker niet toegestaan op de personal homepage van gebruiker commerciële activiteiten te ontplooien.
10.4 Planet Internet is nimmer aansprakelijk voor enig verlies van data veroorzaakt door technische storingen bij Planet Internet, dan wel enig andere interne of externe storing. Planet Internet maakt geen kopiën van de door gebruiker op de terbeschikkinggestelde schrijfruimte geplaatste programmatuur.
10.5 De gebruiker vrijwaart met het accepteren van deze algemene voorwaarden Planet Internet van elke aansprakelijkheid die mogelijk zou kunnen ontstaan door informatie en activiteiten die de gebruiker op zijn personal homepage plaatst en/of ontplooit.
10.6 Planet Internet behoudt zich het recht voor om zonder voorafgaand bericht en zonder opgaaf van reden aan gebruiker de toegang tot de personal homepage van gebruiker te blokkeren indien (het bezoek van) de personal homepage een storing c.q. vertraging van het systeem veroorzaakt. Planet Internet beoordeelt of er sprake is van zodanige storing c.q. vertraging en kan de toegang tot de personal homepage van gebruiker blokkeren, dan wel anderszins maatregelen nemen om de storing c.q. vertraging op te heffen.

---

105 'Fair use is het redelijke gebruik door de klant van dataverkeer, diskruimte en/of belasting van het systeem door XS4ALL nader te preciseren in aanvullende voorwaarden bij diensten waarop dit van toepassing is', zie art. 1 'Definities' algemene voorwaarden XS4ALL, onderdeel A. Definities.
106 Voor Het Net betreft het art. 9 van de algemene voorwaarden, voor Chello art. 13 van de algemene voorwaarden.

> 10.7 Planet Internet behoudt zich het recht voor om de toegang tot de personal homepage van gebruiker te blokkeren, indien de personal homepage, direct dan wel indirect via hyperlinks, toegang verschaft tot informatie die in strijd is met de openbare orde, de goede zeden en de maatschappelijke betamelijkheid, dan wel dat gebruiker direct commerciële activiteiten ontwikkelt op de homepage. Planet Internet is omtrent deze beslissing geen uitleg verschuldigd aan gebruiker.
> 10.8 Planet Internet is gerechtigd de toegang tot de personal homepage te ontzeggen of te beperken indien een gebruiker de overeengekomen hoeveelheid dataverkeer met betrekking tot zijn personal homepage overschrijdt. Planet Internet is niet aansprakelijk voor schade, waaronder gevolgschade, als gevolg van deze toegangsontzegging en/of beperking.
> 10.9 Uitsluitend de logfiles en administratie van Planet Internet leveren het bewijs ter zake van de overschrijding van de hoeveelheid dataverkeer en zijn bepalend.'

Artikel 13 van de algemene voorwaarden van Chello is bijna identiek aan dat van Planet. Een verschil is dat bij het plaatsen van informatie op de personal homepage de klant van Chello zich aan de acceptable use policy dient te houden.[107] In art. 1 van de Acceptable Use Policy bepaalt Chello:

> 'Als onderdeel van en aanvulling op de algemene voorwaarden heeft UPC (Chello) een acceptable use policy opgesteld. Dit document omschrijft activiteiten die niet door UPC geaccepteerd worden omdat zij in strijd zijn met de wet, de goede zeden of de openbare orde ofwel de beschikbaarheid of bruikbaarheid van het UPC netwerk verminderen. UPC zal optreden tegen misbruik of oneigenlijk gebruik van haar netwerk en in voorkomende gevallen de maatregelen nemen zoals beschreven in de algemene voorwaarden. Uit deze acceptable use policy blijkt dat de volgende activiteiten met betrekking tot het gebruik van personal homepages niet worden toegestaan: inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden, zoals bijvoorbeeld auteursrecht op teksten, software, of muziek, of het gebruik van beschermde merken; plaatsen van illegaal of obsceen materiaal; commercieel gebruik van ruimte voor homepages is niet toegestaan. UPC controleert niet stelselmatig de inhoud van homepages, en heeft ook geen verplichting daartoe. UPC zal in de regel alleen bij klachten een homepage beoordelen op mogelijke inbreuk op de acceptable use policy. Bij evidente inbreuk op geldende regelgeving of deze acceptable use policy behoudt UPC zich het recht voor zonder voorafgaande kennisgeving en zonder verklaring, materiaal van de homepages te verwijderen, en homepages gedeeltelijk of in hun geheel zonder voorafgaande kennisgeving en zonder verklaring te deactiveren.'

Sommige ISP's hanteren specifieke gebruiksvoorwaarden voor homepages naast hun algemene voorwaarden. Bij andere onderzochte ISP's is het openen van een homepage veelal wel mogelijk maar zijn daarover geen aparte voorwaarden in de algemene voorwaarden opgenomen.

---

107 Art. 13 lid 8 algemene voorwaarden Chello. Onder algemene voorwaarden verstaat Chello in art. 1 'Definities': 'Deze algemene voorwaarden, inclusief de Acceptable Use Policy.'

E-mail
XS4ALL heeft in haar algemene voorwaarden niets over e-mail opgenomen terwijl zij wel een e-mail-account aan haar klanten aanbiedt. Planet Internet, Het Net en Chello zijn ISP's die in hun algemene voorwaarden een apart artikel wijden aan e-mail.[108] Het artikel van Planet luidt als volgt:

> '9.1 Voordat van de e-maildienst gebruik kan worden gemaakt, dient een e-mailadres te worden vastgesteld. Dit e-mailadres wordt op basis van een voorstel van gebruiker door Planet Internet bepaald.
> 9.2 Het door de gebruiker gebruikte e-mailadres onder het Planet Internet domein, alsmede de gebruikersnaam blijven eigendom van Planet Internet. Het is niet mogelijk om het e-mailadres na beëindiging van de overeenkomst met Planet Internet te blijven gebruiken, tenzij Planet Internet anders bepaalt.
> 9.3 Bij beëindiging van de overeenkomst zullen het e-mailadres en de gebruikersnaam met de daarbij behorende domeinnaam geblokkeerd worden. Gedurende drie maanden na beëindiging van de overeenkomst zal Planet Internet niet een identiek e-mailadres en gebruikersnaam uitgeven.
> 9.4 E-mailberichten die na het beëindigen van de overeenkomst nog op de server van Planet Internet staan zullen worden verwijderd.
> 9.5 Gebruiker is verantwoordelijk voor het gebruik van het door gebruiker gekozen e-mailadres.
> 9.6 Planet Internet is bevoegd het e-mailadres en de gebruikersnaam te veranderen, indien dit noodzakelijk is in het belang van het functioneren van de dienst.
> 9.7 Planet Internet garandeert niet dat een verzonden e-mailbericht altijd aankomt op een e-mailadres of dat een e-mailbericht altijd ontvangen kan worden.
> 9.8 Het is de verantwoordelijkheid van gebruiker ervoor zorg te dragen dat het e-mailadres geen namen, begrippen of tekens bevat die onrechtmatig zijn, dan wel die klachten genereren. Gebruiker vrijwaart Planet Internet voor aanspraken van derden.'

De andere ISP's bieden de klanten veelal, net als XS4ALL, wel een e-mail-account maar hebben daarvoor geen specifieke bedingen in hun algemene voorwaarden opgenomen.

Nieuwsgroepen
XS4ALL heeft in haar algemene voorwaarden, net als de meeste ISP's, niets over nieuwsgroepen opgenomen. Ik ben alleen in de algemene voorwaarden van Chello een specifieke bepaling tegengekomen over nieuwsgroepen:

> '11.1 UPC geeft een groot aantal nieuwsgroepen door. UPC is gerechtigd om haar moverende redenen bepaalde nieuwsgroepen niet door te geven.
> 11.2 Bij het plaatsen van berichten in nieuwsgroepen dient de klant zich aan de acceptable use policy te houden.
> 11.3 Bij overtreding van dit artikel kan door UPC een waarschuwing aan de gebruiker worden gegeven. Andere maatregelen die UPC kan nemen zijn onder andere,

108 Art. 10 algemene voorwaarden Chello en art. 8 algemene voorwaarden Het Net. Bij Chello dient de klant zich wederom aan een acceptable use policy te houden.

maar niet beperkt tot: annulering door UPC van berichten in nieuwsgroepen, eventuele filtering van internettoegang, de levering van de Chello service geheel of gedeeltelijk opschorten of beëindigen als bedoeld in artikel 21.
11.4 UPC is niet aansprakelijk voor enige directe of indirecte schade die het gevolg is van bovengenoemde maatregelen van UPC.'

In haar Acceptable Use Policy bepaalt Chello het volgende over nieuwsgroepen:

'Nieuwsgroepen zijn discussiegroepen waar mensen met gezamenlijke interesses van gedachten kunnen wisselen. Bij het plaatsen van berichten in nieuwsgroepen dient men zich uiteraard te houden aan de geldende wetgeving. Daarnaast zijn de volgende handelingen niet toegestaan: het bedreigen, beledigen of hinderen van andere internetgebruikers door middel van taalgebruik, frequentie of grootte van de berichten; het forwarden van kettingbrieven en/of het bevorderen van het zenden daarvan; het zonder toestemming van de rechtmatige gebruiker verzenden van berichten waarin de header iemands anders zijn verzend of reply adres wordt vermeld; het hinderlijk verspreiden van advertentie- of promotiemateriaal; het plaatsen van grote aantallen van hetzelfde bericht in verschillende nieuwsgroepen; het plaatsen van berichten in nieuwsgroepen die niet handelen over dat onderwerp ("off-topic posting"). Bij overtreding van de AV met betrekking tot het gebruik van nieuwsgroepen kan door UPC een waarschuwing aan de klant worden gegeven. Bij ongewijzigd gedrag kan annulering van posts op nieuwsgroepen plaatsvinden, eventuele filtering van internettoegang en uiteindelijk opschorting of beëindiging van de service, gedeeltelijk of in zijn geheel.'

Chat
Ook over Chat heeft alleen Chello een artikel opgenomen in haar algemene voorwaarden:

'12.1 Bij het gebruik maken van de chatserver dient de klant zich aan de acceptable use policy te houden.
12.2 Over het algemeen zal een chathost de klant erop attent maken wanneer deze zich niet aan deze regels houdt. Als de host van mening is dat iemand zich bijzonder beledigend of storend gedraagt, kan die persoon uit de chatroom worden verwijderd, eventueel permanent.'

In de acceptable use policy bepaalt Chello het volgende over chat:

'Chatrooms hebben hun eigen etiquette. Als vuistregel is het nuttig om met mensen om te gaan op een manier zoals u dat ook persoonlijk zou doen. Hosts treden niet op als "chatpolitie", maar wanneer zij zien dat de klant de gang van zaken in een chatroom verstoort, vragen zij deze zich te gedragen. Vermijd het volgende: nodeloos grof taalgebruik; het lastigvallen, bedreigen of opzettelijk irriteren van andere gebruikers; scrolling (herhaald plakken van tekst in een chatroom); het aanmaken van chatrooms met beledigende titels; het gebruik van beledigende bijnamen; beledigen van kwaadspreken over chathosts; reclame maken. Houd ook rekening met de volgende punten: geef geen persoonlijke informatie zoals telefoonnummers, adres, creditcard-gegevens ezovoort; verstoor de chat voor andere gebruikers niet

door de conversatiestroom te onderbreken. Over het algemeen zal een chathost u erop attent maken wanneer u zich niet aan deze regels houdt. Als de host van mening is dat iemand zich bijzonder beledigend of storend gedraagt, kan die persoon uit de chatroom worden verwijderd, eventueel permanent.'

Diensten van derden
Over diensten van derden bepaalt XS4ALL in art. 7 lid 1 van haar algemene voorwaarden het volgende:

'7.1 Voor veel diensten is XS4ALL afhankelijk van diensten of netwerken van derde partijen, bijvoorbeeld bij kabelinternet of ADSL. In dat geval sluit de klant veelal twee verschillende overeenkomsten, 1 met XS4ALL en 1 met de derde partij. XS4ALL is niet aansprakelijk voor schade van welke aard of uit welken hoofde ook, veroorzaakt door diensten of netwerken van derde partijen, waaronder begrepen storingen in de netwerken of infrastructuur van derde partijen.'

Bij internet via de kabel, ADSL of andere diensten is XS4ALL afhankelijk van diensten of netwerken van derde partijen. De klant sluit dan een aparte overeenkomst met deze derde partij en XS4ALL sluit elke aansprakelijkheid betreffende deze overeenkomst uit. Ook andere ISP's hebben een artikel in hun algemene voorwaarden gewijd aan overeenkomsten met derden en spreken dan over breedbanddiensten. Art. 3 van de algemene voorwaarden van Planet luidt bijvoorbeeld als volgt:

'3.1 Voor aansluiting op de breedbanddienst dient een gewone telefoonaansluiting door de betrokken telecommunicatie-aanbieder te worden aangepast tot een breedbanddienst-aansluiting. Uitsluitend de telecommunicatie-aanbieder kan bepalen of een telefoonaansluiting geschikt is voor een breedbandaansluiting. Met betrekking tot aanpassing van de telefoonaansluiting schakelt Planet Internet de betrokken telecommunicatie-aanbieder in teneinde de aansluiting aan te passen. Planet Internet kan op geen enkele wijze aansprakelijk gehouden worden voor handelingen van de telecommunicatie-aanbieder.
3.2 Planet Internet kan niet garanderen dat elke betrokken telecommunicatie-aanbieder een gewone telefoonaansluiting kan aanpassen tot een breedbandaansluiting.
3.3 Bij breedbanddiensten tegen een vast tarief ("flat rate") gelden de voorwaarden van de "fair consumption policy", welke te vinden zijn via de homepage. In het geval de gebruiker herhaaldelijk in strijd handelt met de "fair consumption policy" behoudt Planet Internet zich het recht voor de gebruiker af te sluiten en de overeenkomst te beëindigen.
3.4 Bij breedbanddiensten met een verkeerslimiet wordt het extra verkeer boven de overeengekomen verkeerslimiet in rekening gebracht.'

Domeinnaam/IP-adres
Over domeinnamen bepaalt XS4ALL het volgende:

'7.2 XS4ALL verzorgt in opdracht van klanten tegen betaling van een vergoeding de registratie van domeinen bij de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland. De keuze van de domeinnaam is voor rekening en risico van de klant en XS4ALL

aanvaardt ter zake van keuze en gebruik van de domeinnaam geen enkele aansprakelijkheid.'

Registratie van een domeinnaam wordt door XS4ALL gezien als een dienst van een derde. In art. 11 heeft Vuurwerk het volgende bepaald:

'11.a Indien is overeengekomen, dat Vuurwerk Internet voor de afnemer zal bemiddelen bij het verkrijgen van een domeinnaam en/of IP-adressen, geldt voorts het in dit artikel bepaalde.
11.b Aanvraag, toekenning en eventueel gebruik van een domeinnaam en/of IP-adressen zijn afhankelijk van en zijn onderworpen aan, de van tijd tot tijd geldende regels en procedures van de desbetreffende registrerende instanties, waaronder (doch niet uitsluitend) de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland. De desbetreffende instantie beslist over de toekenning van domeinnaam en/of IP-adressen. Vuurwerk Internet vervult bij de aanvraag slechts een bemiddelende rol en geeft geen garantie dat een aanvraag ook wordt gehonoreerd. Vuurwerk Internet is niet aansprakelijk in geval van een aangevraagde domeinnaam en/of IP-adres niet wordt toegekend.
11.c De afnemer kan uitsluitend uit de bevestigingsbrief van Vuurwerk Internet, inhoudende dat de gevraagde domeinnaam is geregistreerd, het feit van registratie vernemen. Een factuur voor registratiekosten is geen bevestiging van registratie.
11.d Domeinnamen worden geregistreerd op naam van de afnemer en de afnemer is volledig verantwoordelijk voor het gebruik van het domein en de domeinnaam. De afnemer vrijwaart Vuurwerk Internet tegen iedere aanspraak van derden in verband met het gebruik van de domeinnaam, ook indien bij de verkrijging van de domeinnaam Vuurwerk Internet geen bemiddeling heeft verleend.'

Twee dingen regelen in één artikel maakt de formuleringen bij Vuurwerk wat omslachtig.

Chello heeft een specifiek artikel over het IP-adres in haar algemene voorwaarden opgenomen:

'8.1 UPC kent bij ieder gebruik van de Chello service een dynamisch IP-adres toe. Het IP-adres kan na ieder gebruik van de Chello service wijzigen. UPC kan het onderliggende IP-adres en het onderliggende IP-nummerplan te allen tijde wijzigen. Aan de toekenning van een IP-adres kan de klant geen rechten ontlenen.'

Toegang
XS4ALL heeft geen specifieke bepaling over toegang in haar algemene voorwaarden opgenomen, andere ISP's wel. Over de toegang via de kabel hebben bijvoorbeeld Casema, Chello en @Home specifieke bepalingen in hun algemene voorwaarden opgenomen.[109] @Home bepaalt:

'3.1 Om gebruik te kunnen maken van een kabelinternetdienst dient de abonnee de noodzakelijke randapparatuur, de interne bekabeling (of een draadloze oplos-

109 Art. 4 en 5 algemene voorwaarden Casema en art. 7 algemene voorwaarden Chello.

> sing) alsmede de benodigde software zelf aan te schaffen en te installeren. De randapparatuur moet voldoen aan de daaraan door Essent Kabelcom of bij of krachtens de wet gestelde eisen. Essent is gerechtigd de randapparatuur van de abonnee te (laten) keuren opdat Essent Kabelcom kan nagaan of de besturing en het beheer van het netwerk niet zullen worden geschaad.
> 3.2 (Aspirant-)abonnee kan er voor kiezen de aansluiting zelf tot stand te brengen of om de aansluiting door een installateur tot stand te laten brengen. De aansluiting dient te worden geïnstalleerd conform de richtlijnen van Essent Kabelcom.
> 3.3 Een Kabelinternetdienst functioneert alleen als het kabelmodem is aangesloten op een stroomvoorziening. De abonnee is zelf verantwoordelijk voor aansluiting van de betreffende randapparatuur op een erkende, geaarde en werkende stroomvoorziening en dient er voor te zorgen dat geen misbruik wordt gemaakt van en/of schade wordt toegebracht aan de aansluiting of het netwerk van Essent Kabelcom.'

Art. 13 van de algemene voorwaarden van @Home is gewijd aan bijzondere bepalingen met betrekking tot het gehuurde kabelmodem. Vanaf 1 april 2003 sluit @Home nog uitsluitend abonnementen met een koopkabelmodem af:

> '14.1 Voor het leveren van de kabelinternetdienst wordt gebruik gemaakt van een kabelmodem en software. Abonnee dient een door Essent Kabelcom goedgekeurd of gecertificeerd installatiepakket alsmede het kabelmodem zelf aan te schaffen. Na betaling van de kosten voor het installatiepakket en het kabelmodem vallen deze zaken onder verantwoordelijkheid en risico van de (aspirant-)abonnee.
> 14.2 Door het gebruik van de software accepteert de abonnee de voorwaarden zoals die in de licentie voor het gebruik van de software zijn opgenomen.'

De bepalingen van de drie kabelaars die betrekking hebben op de kabeldienst zijn in grote lijnen gelijk luidend en hebben betrekking op de installatie van de kabelmodem en de verplichtingen van de klant ten opzichte van het kabelmodem.

Beheer
Over het beheer van het systeem heeft XS4ALL in art. 9 van haar algemene voorwaarden het volgende bepaald:

> '9.1 XS4ALL is gerechtigd zonder voorafgaande bekendmaking het systeem (tijdelijk) buiten gebruik te stellen of het gebruik ervan te beperken voorzover dit noodzakelijk is voor het redelijkerwijs benodigde onderhoud of voor de noodzakelijk door XS4ALL te verrichten aanpassingen of verbeteringen van het systeem, zonder dat hierdoor een recht op schadevergoeding van de klant jegens XS4ALL ontstaat.
> 9.2 XS4ALL is gerechtigd te allen tijde wijzigingen aan te brengen in de inbelnummers, in de log-in-procedure, in het account en in de e-mail adressen, zonder dat hierdoor een recht op schadevergoeding van de klant jegens XS4ALL ontstaat. XS4ALL zal in een dergelijk geval de klant zo spoedig mogelijk op de hoogte stellen van de wijzigingen.'

Benodigd onderhoud of te verrichten aanpassingen of verbeteringen van het systeem zijn redenen voor XS4ALL om het systeem (tijdelijk) buiten gebruik te stellen of het

gebruik ervan te beperken. Alle ISP's hebben een soortgelijke bepaling opgenomen. Compuserve bepaalt bijvoorbeeld:

> '2. CIS en zijn informatieleveranciers, de forum managers en andere leveranciers (derden) kunnen van tijd tot tijd onderdelen (inclusief verschillende typen content en diensten) van Compuserve aanpassen of verwijderen. CIS zal echter geen fundamentele onderdelen van de Compuserve verwijderen, voordat de leden hiervan op de hoogte zijn gebracht op dezelfde wijze als geldt voor wijzigingen in deze overeenkomst.'

Planet regelt het beheer van de dienst als volgt:

> '6.5 Planet Internet is gerechtigd zonder voorafgaande bekendmaking de Planet Internet- systemen (tijdelijk) buiten gebruik te stellen en/of het gebruik ervan te beperken voorzover dit noodzakelijk is voor het redelijkerwijs benodigde onderhoud van die systemen.'[110]

@Home bepaalt over onderhoud en herstelwerkzaamheden:

> '8.1 De aansluiting wordt in stand gehouden door of vanwege Essent Kabelcom. Ten behoeve van het onderhoud of de instandhouding kan Essent Kabelcom tijdelijk een aansluiting buiten gebruik stellen. Essent Kabelcom zal de abonnee hiervan tijdig en van te voren via de website of schriftelijk (per reguliere post of per e-mail) op de hoogte stellen, tenzij dit redelijkerwijs niet mogelijk is of de onderbreking minder dan 5 (vijf) minuten zal duren.'

Casema bepaalt:

> '8.3 Indien als gevolg van een aan Casema toerekenbare tekortkoming de klant gedurende vijf (5) aaneengesloten kalenderdagen geen toegang tot de Casema Internet diensten heeft, wordt een evenredig deel van de maandelijkse abonnementsvergoeding aan de klant gecrediteerd. Indien van een storing van vijf (5) aaneengesloten kalenderdagen sprake is (geweest), dan dient de klant dit binnen één (1) maand schriftelijk aan Casema te melden. Indien de in de vorige volzin bedoelde melding niet tijdig plaatsvindt, vervalt het recht van de klant op de vergoeding van een evenredig deel van de maandelijkse abonnementsvergoeding.'

Wijzigingen in inbelnummers, log-in-procedure, account en e-mail-adressen door XS4ALL is mogelijk. Bij de andere ISP's ben ik soortgelijke specifieke bepalingen tegengekomen. Tiscali bepaalt:

> '4.7 Tiscali is gerechtigd de accountgegevens, de homepage Url en het e-mail adres van de klant te wijzigen onder meer in verband met migratie. Tiscali zal de abonnee

110 Zie ook art. 5 lid 6 van de algemene voorwaarden van Het Net en art. 12 sub b algemene voorwaarden Vuurwerk.

van een wijziging tijdig op de hoogte stellen en de abonnee de gewijzigde account-gegevens meedelen.'

EuroNet heeft het volgende geregeld:

'4.4 EuroNet Internet is gerechtigd wijzigingen in of aan haar systeem voor toegang tot het internet aan te brengen. Indien om redenen van kwaliteit en beschikbaarheid van de EuroNet Internet diensten dat noodzakelijk is kan dat zonder voorafgaande bekendmaking aan de gebruiker. EuroNet Internet is onder meer bevoegd wijzigingen aan te brengen in de inbelnummers, de loginprocedure, de toegangscode, het e-mailadres, en het adres van de homepage. De kosten die voor de gebruiker eventueel aan dergelijke wijzigingen verbonden zijn, blijven voor diens rekening.'

Ook ben ik bij sommige ISP's algemene wijzigingsbepalingen tegengekomen. Chello bepaalt:

'22.1 UPC kan de Chello service al dan niet op verzoek van de klant op elk gewenst moment uitbreiden of wijzigen. UPC kan nieuwe software en/of updates aan de klant ter beschikking stellen. Voor gebruik van additionele functies of diensten kan door UPC een vergoeding worden gevraagd. Indien het gevolg van de uitbreiding of wijziging is dat de klant een hogere vergoeding moet betalen, heeft de klant het recht de overeenkomst op te zeggen tegen de datum waarop de niet-uitgebreide of ongewijzigde diensten niet meer beschikbaar zijn.'

Planet Internet bepaalt:

'6.4 Planet Internet is gerechtigd wijzigingen of verbeteringen aan te brengen in de dienst en/of de Planet Internet-systemen zonder voorafgaande bekendmaking aan de gebruikers. Een wijziging of verbetering die naar het redelijk oordeel van Planet Internet aanmerkelijke aanpassing vereist van de bij gebruiker in gebruik zijnde apparatuur en programmatuur, zal ten minste één maand voor de invoering van de wijziging of verbetering aan gebruiker kenbaar worden gemaakt.'

Met betrekking tot storingen heeft XS4ALL geen specifieke bepalingen in haar algemene voorwaarden opgenomen, andere ISP's wel. Planet bepaalt bijvoorbeeld het volgende:

'6.3 Een storing in de dienst wordt opgeheven door Planet Internet voorzover het niet een storing in de telefoondienst van de telecommunicatie-aanbieder of in de apparatuur en/of in de programmatuur van gebruiker, dan wel uitval van elektriciteit betreft. De kosten van de storingsopheffing in de dienst komen voor rekening van de gebruiker, indien de storing het gevolg is van onoordeelkundig gebruik van de dienst door gebruiker, dan wel te wijten is aan een handelen of nalaten in strijd met deze algemene voorwaarden door gebruiker.'

Aangezien de diensten grotendeels de inhoud van de overeenkomst bepalen, dienen deze diensten ook te worden beheerd. De meeste ISP's hebben een bepaling over het beheer van hun systeem opgenomen in hun algemene voorwaarden, zoals bedingen over: het onderhoud van het systeem, het wijzigen van de dienst, een storing in de

dienst, het buiten gebruik stellen van de systemen, het aanpassen van de systemen en het wijzigen van de inbelnummers en log-in-procedure. Daarnaast krijgt de klant door de meeste ISP's ook de plicht opgelegd storingen tijdig aan de ISP te melden.

M. Klachtenregeling en helpdesk

Klachtenregeling
Art. 8 van de algemene voorwaarden van XS4ALL is gewijd aan de mogelijkheid tot het indienen van klachten door klanten:

> '8.1 XS4ALL neemt slechts klachten in behandeling voorzover de klachten betrekking hebben op XS4ALL diensten en/of gedragingen of handelingen van klanten.
> 8.2 XS4ALL spant zich in klachten omtrent de XS4ALL diensten zo goed mogelijk te behandelen en tot verbetering van de XS4ALL diensten te komen. De klant kan een volledige en duidelijk omschreven klacht binnen 3 werkdagen melden bij de afdeling klantenservice, bij voorkeur per e-mail. De klacht wordt, indien mogelijk, 3 werkdagen na ontvangst van de klacht, door XS4ALL in behandeling genomen. Klant wordt daarvan, indien mogelijk, 3 werkdagen na ontvangst van de klacht op de hoogte gesteld.
> 8.3 XS4ALL spant zich in klachten omtrent handelingen of gedragingen door XS4ALL klanten zo goed mogelijk te behandelen. De klant kan klachten over abuse, spam of illegale handelingen door XS4ALL klanten binnen 3 werkdagen naar het e-mail adres abuse@xs4all.nl sturen, mits vergezeld van de relevante loggegevens, inclusief tijdstippen en/of volledige headers en een duidelijke omschrijving van de reden van de klacht.
> 8.4 Het indienen van een klacht laat de overige verplichtingen van de klant onverlet.'

Casema en Vuurwerk verwezen in hun algemene voorwaarden naar de klachtenregeling van de NLIP.[111] De overige ISP's hebben geen klachtenregeling in hun algemene voorwaarden opgenomen. Uit de klachtenregeling van XS4ALL kunnen wij opmaken dat er sprake kan zijn van twee soorten klachten. Ten eerste klachten over XS4ALL diensten en/of gedragingen en ten tweede klachten over handelingen van XS4ALL-klanten, bijvoorbeeld abuse, spam of illegale handelingen. Voor de klachten over handelingen van XS4ALL-klanten heeft XS4ALL een speciaal e-mail-adres.

XS4ALL hanteert een questionnaire waarmee een internetgebruiker c.q. verzoeker aan de hand van een vragenlijst moet aangeven waarom hij denkt dat de informatie onrechtmatig is en zijn verzoek tot blokkering dan wel verwijdering van de informatie dient te worden ingewilligd.[112] De vragenlijst is door XS4ALL opgesteld om een verzoek

111 Dit zijn ook de twee ISP's die in hun algemene voorwaarden naar de NLIP-geschillenregeling verwezen, zie onder E. Geschillenbeslechting en toepasselijk recht. Casema (art. 18) en Vuurwerk (art. 17) verwijzen in juni 2005 nog steeds naar de NLIP-klachtenregeling.

112 De questionnaire is te vinden met behulp van de knop 'zoeken' rechts op de portal-site van XS4ALL en het intypen van de term 'questionnaire' in het vak voor de zoekopdracht. De Nederlandse printbare versie van de questionnaire heb ik geprint en bestudeerd. XS4ALL hanteert ook een Engelse versie van de questionnaire.

tot blokkering van informatie te onderzoeken en zorg te kunnen dragen voor een snelle afhandeling. XS4ALL bepaalt onder aan haar questionnaire:

> 'XS4ALL hecht groot belang aan de vrijheid van meningsuiting van haar abonnees en de vrijheid van informatie van derden. Zij behoudt zich te allen tijde het recht voor niet tot blokkering van de bedoelde informatie over te gaan.
>
> XS4ALL behoudt zich het recht voor in alle gevallen te verlangen dat een rechterlijke uitspraak wordt verkregen alvorens het verzoek nader in behandeling wordt genomen. XS4ALL behoudt zich ook overigens uitdrukkelijk alle rechten voor.
>
> De verzoeker vrijwaart XS4ALL, voor het geval XS4ALL het verzoek tot blokkering honoreert, voor iedere aanspraak van derden, in verband met de blokkering. De vrijwaring heeft mede betrekking op alle schade en kosten die XS4ALL lijdt of maakt in verband met zulk een aanspraak.'

Planet heeft een abusedesk met een e-mail-adres 'abuse@planet.nl' waarmee Planet op de hoogte kan worden gesteld van onrechtmatige dan wel strafbare informatie door internetgebruikers. Het Net heeft een afdeling 'Abuse' waarmee een internetgebruiker contact op kan nemen door middel van het e-mail-adres 'abuse@hetnet.nl' als hij misbruik heeft geconstateerd door een klant van Het Net. Ook Tiscali 'abuse@tiscali.nl', EuroNet 'abuse@euronet.nl', Freeler 'abuse@freeler.nl', Demon 'abuse@demon.nl' en Casema 'abuse@casema.nl' hebben een abuse e-mail-adres voor het melden van internetmisbruik. De ISP's hanteren daarbij geen vrijwaringsbedingen. Vuurwerk hanteert geen e-mail-adres maar een website-formulier waarop het misbruik kan worden omschreven en verstuurd. Het formulier is vergelijkbaar met een abuse e-mail-adres.

Geen van de onderzochte ISP's hanteert een questionnaire die raadpleegbaar is via de portal-site, zoals bij XS4ALL. Uit onderzoek van Bits of Freedom[113] blijkt echter dat Demon en Planet Internet een questionnaire (standaard vragenlijst) toesturen ter beantwoording van een abuse-mail.[114] De 'Vragenlijst voor blokkering informatie' die Planet hanteert heb ik geraadpleegd. De lijst is vergelijkbaar met die van XS4ALL.

Helpdesk

XS4ALL heeft geen bepalingen in haar algemene voorwaarden opgenomen over ondersteuning door middel van een helpdesk, andere ISP's wel. Bijvoorbeeld Planet Internet:[115]

> '8.1 De gebruiker heeft de mogelijkheid om voor ondersteuning gebruik te maken van de servicedesk van Planet Internet. Kosten die de gebruiker maakt om de servicedesk te bereiken komen voor rekening van de gebruiker.
> 8.2 De openingstijden van de servicedesk worden aangegeven op de service pagina's van Planet Internet. De openingstijden kunnen zonder voorafgaande waarschuwing door Planet Internet gewijzigd worden.
> 8.3 De software die door de servicedesk van Planet Internet wordt ondersteund, wordt aangegeven op de servicepagina's van Planet Internet.

113 Zie <www.bof.nl>.
114 Zie Nas 2004.
115 Zie ook art. 7 algemene voorwaarden Het Net.

> 8.4 De servicedesk van Planet Internet zal zich inspannen om vragen snel en accuraat af te handelen. Planet Internet is nooit aansprakelijk voor mogelijke onjuiste adviezen die haar medewerkers aan de gebruikers geven, dan wel verkeerde interpretaties door de gebruiker van de gegeven adviezen, noch voor eventueel hieruit voortvloeiende schade, waaronder gevolgschade.'

Sommige ISP's beheren wel een helpdesk maar vermelden dit niet in hun algemene voorwaarden.

N. Sanctiemogelijkheden

In art. 5 lid 4 van haar algemene voorwaarden heeft XS4ALL een sanctiemogelijkheid opgenomen. In art. 6 lid 4 is wederom een sanctiemogelijkheid opgenomen. Art. 11 van de algemene voorwaarden van XS4ALL gaat over ontbinding, wat ook moet worden gezien als sanctiemogelijkheid.[116] Uit de bepalingen van XS4ALL kunnen de volgende sancties worden afgeleid. Ten eerste kan XS4ALL de aan de klant verstrekte aansluiting op het systeem onmiddellijk buiten gebruik stellen indien de klant in strijd handelt met de verplichtingen die hem door XS4ALL zijn opgelegd.[117] Indien de ernst van de overtreding dat rechtvaardigt kan XS4ALL de overeenkomst met onmiddellijke ingang opzeggen. Ten tweede is XS4ALL gerechtigd de klant de toegang tot het systeem te ontzeggen of te beperken indien de klant de toegestane schrijfruimte overschrijdt. Ten derde is XS4ALL gerechtigd, zonder ingebrekestelling of rechterlijke tussenkomst, hetzij de overeengekomen XS4ALL dienst(en) op te schorten, hetzij de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden indien de klant niet, niet behoorlijk, of niet tijdig voldoet aan de verplichtingen die hem door XS4ALL zijn opgelegd, dan wel indien het aan ernstige twijfel onderhevig is of de klant in staat is aan zijn of haar verplichtingen tegenover XS4ALL te voldoen. XS4ALL noemt enkele specifieke gevallen wanneer zij bevoegd is met onmiddellijke ingang te ontbinden en de XS4ALL diensten te staken. De eerste vier specifieke gevallen zijn af te leiden uit de verplichtingen die XS4ALL aan haar klanten oplegt. Faillissement of surseance van betaling van de klant en het onder curatele of bewind stellen van de klant zijn daarnaast gevallen op grond waarvan XS4ALL onmiddellijk kan ontbinden. XS4ALL sluit elke aansprakelijkheid en verplichting tot schadevergoeding met betrekking tot de verschillende sancties uit.

Indien gebruiker in strijd met de bepalingen in art. 7 van de algemene voorwaarden van Planet handelt, heeft Planet Internet het recht om de overeenkomst met gebruiker met onmiddellijke ingang te ontbinden en een onmiddellijk opeisbare boete in rekening te brengen van EUR 4500,- per gebeurtenis. Deze boete laat onverlet het recht van Planet Internet schadevergoeding ter zake te vorderen.[118] Planet bepaalt vervolgens:

> '7.13 Planet Internet heeft het recht de dienst (tijdelijk) buiten gebruik te stellen en/of het gebruik ervan te beperken indien gebruiker ter zake van de dienst een verplichting jegens Planet Internet niet nakomt dan wel in strijd handelt met deze

116 In art. 11 lid 2 van de algemene voorwaarden van XS4ALL moet 'zondere' zijn 'zonder', zowel in de versie van 2001 als die van 2005.

117 Zie onderdeel H. Verplichtingen van de klant.

118 Zie art. 7 lid 10 algemene voorwaarden Planet. Het Net heeft dezelfde bepaling opgenomen in art. 6 lid 11 van haar algemene voorwaarden.

> algemene voorwaarden. Planet Internet zal gebruiker hiervan tevoren in kennis stellen, tenzij zulks in redelijkheid niet van Planet Internet kan worden verlangd. De verplichting tot betaling van de uit hoofde van de overeenkomst eventueel verschuldigde bedragen blijft tijdens de buitengebruikstelling onverminderd bestaan.
> 7.14 Tot heringebruikstelling kan worden overgegaan indien gebruiker binnen een door Planet Internet gestelde termijn zijn verplichtingen is nagekomen.
> 7.15 Gebruiker vrijwaart Planet Internet voor aanspraken van derden ter zake van schade(n) die derden lijden als gevolg van het gebruik van de dienst en/of internet door gebruiker.
> 7.16 Schade aan Planet Internet of derden, veroorzaakt door handelen in strijd met dit artikel kan op de desbetreffende gebruiker verhaald worden.'

Daarnaast bepaalt Planet:

> '14.3 Planet Internet is gerechtigd met onmiddellijke ingang de overeenkomst te beëindigen indien de gebruiker een of meerdere verplichtingen, waaronder de betalingsverplichting en de verplichting van artikel 2.1, die uit de overeenkomst voortvloeien jegens Planet Internet niet, niet behoorlijk of niet volledig nakomt.
> 14.4 Ieder der partijen heeft het recht de overeenkomst met onmiddellijke ingang zonder nadere ingebrekestelling of rechtelijke tussenkomst te ontbinden, zonder daarbij gehouden te zijn tot enige schadevergoeding, indien de andere partij in staat van faillissement wordt verklaard, hetzij het faillissement van gebruiker is aangevraagd, dan wel gebruiker in surséance van betaling verkeert of surséance van betaling heeft aangevraagd, hetzij gebruiker onder curatele of onder bewind is gesteld.'

In art. 2 lid 1 gaat het om de volgende gegevens:

> 'De gebruiker is verplicht Planet Internet te voorzien van correcte naam, adres, woonplaats, telefoon en rekeninggegevens. Wijzigingen in deze gegevens dient gebruiker binnen 14 (veertien) dagen schriftelijk of via de site van Planet Internet aan Planet Internet mede te delen.'

Net als XS4ALL en Planet hebben ook de andere onderzochte ISP's sanctiebepalingen in hun algemene voorwaarden opgenomen. De ene ISP uitgebreider dan de ander. Het kan hierbij gaan om: het buiten gebruik stellen van de aansluiting; het onmiddellijk opzeggen van de overeenkomst door de ISP; de toegang tot het systeem (tijdelijk) ontzeggen of beperken; toegang tot (onderdelen van) de dienst en/of (onderdelen van) het systeem, al dan niet tijdelijk, blokkeren; het opschorten van de diensten of het geheel of gedeeltelijk ontbinden (met of zonder ingebrekestelling) van de overeenkomst. De ISP kan de klant indelen in een andere tariefgroep dan de op de grond van de overeenkomst geldende tariefgroep; andere maatregelen nemen, die de ISP geraden voorkomen; het account van de klant afsluiten of de ISP kan het leveren van de dienst (geheel of gedeeltelijk) weigeren. Bij ontbinding van de overeenkomst kan de ISP naar eigen inzicht de domeinnaam van de klant uit de ontbonden overeenkomst opzeggen; de ISP kan de klant extra kosten in rekening brengen. Bij drie ISP's ben ik een boetebepaling tegengekomen, naast ontbinding wordt een onmiddellijk opeisbare boete in rekening gebracht per gebeurtenis. Andere ISP's bepalen dat indien een derde de ISP erop wijst

dat er onrechtmatige informatie op een website van een klant staat, de ISP gerechtigd is de website af te sluiten of de desbetreffende informatie van het systeem te verwijderen. Eén ISP bepaalt dat zij dan bevoegd is om de identiteit van de klant prijs te geven na sommatie of op last van de bevoegde autoriteiten.

Indien mogelijk zal de ISP de klant voorafgaand aan het treffen van de maatregelen op de hoogte stellen. De ISP's bepalen dat de sanctiebepalingen de betalingsverplichtingen van de klant altijd onverlet laten. Voor schade aan de ISP of derden veroorzaakt door het in strijd handelen met de verplichtingen die de klant door de ISP zijn opgelegd, wordt de klant aansprakelijk gesteld. De meeste ISP's bepalen dat schade op de klant kan worden verhaald. Daarnaast bepalen de ISP's dat de klant de ISP vrijwaart voor en tegen aanspraken van derden uit dien hoofde.

Een reden om de levering van de dienst(en) op te schorten kan aanwezig zijn indien: de ISP gerechtvaardigde twijfel heeft omtrent de kredietwaardigheid van de klant; de klant niet op het eerste verzoek van de ISP zekerheid stelt tot nakoming van zijn of haar verplichtingen; de ISP aanwijzingen heeft dat er misbruik wordt gemaakt van de geleverde diensten. Redenen voor het met onmiddellijke ingang beëindigen van de dienst zijn, naast die ik bij XS4ALL ben tegengekomen: de klant in aanmerking is gekomen voor de schuldsanering (de schuldsanering natuurlijke personen wordt aangevraagd); dan wel aannemelijk is dat de klant anderszins niet aan de uit de overeenkomst voortvloeiende betalingsverplichtingen zal voldoen; er sprake is van algemene gronden voor overmacht; indien de klant in verzuim is met betrekking tot de verschuldigde vergoeding(en); er sprake is van (executoriale) beslaglegging; of indien de klant anderszins de beschikkingsbevoegdheid over zijn vermogen of delen daarvan verliest; indien de klant komt te overlijden, dan wel wordt geliquideerd; de klant de doelstelling van zijn bedrijf wijzigt; de klant zijn onderneming(sactiviteiten) staakt dan wel overdraagt; de klant in verzuim is. Ook wanneer een ISP, na een elektronische inschrijving van een klant, niet binnen twee weken na aansluiting van de gebruiker beschikt over een door de gebruiker volledig ingevulde, schriftelijke en ondertekende bevestiging van de overeenkomst, kan de klant in sommige gevallen worden afgesloten door de ISP. Bij twee ISP's ben ik de bepaling tegengekomen dat de klant die zijn telefonische nummerherkenning heeft gedeactiveerd geen toegang tot de dienst wordt verleend om misbruik van de dienst te voorkomen.

Ook kan de klant een waarschuwing van de ISP ontvangen. Bij sommige ISP's ben ik bepalingen tegengekomen dat de ISP een nadere termijn kan vaststellen waarbinnen de klant alsnog zijn verplichtingen dient te voldoen alsmede nadere voorwaarden kan stellen. Indien er bijvoorbeeld een gevaar ontstaat voor het functioneren van het netwerk of de dienstverlening kan de ISP de klant redelijke aanwijzingen geven, die binnen een gestelde termijn dienen te worden uitgevoerd. Sommige ISP's bepalen dat tot heraansluiting en/of terbeschikkingstelling van de dienst wordt overgegaan indien binnen de gestelde termijn aan de voorwaarden/aanwijzingen/verplichtingen is voldaan.

Enkele ISP's hebben bepalingen opgenomen waaruit blijkt dat de klant ook in bepaalde gevallen de overeenkomst kan beëindigen: indien de ISP surseance van betaling heeft aangevraagd of aan hem surseance van betaling is verleend; indien de ISP een faillissementsaanvraag heeft ingediend of in staat van faillissement is verklaard; indien de ISP in grove mate nalatig is geweest in de nakoming van zijn verplichtingen; indien de klant verhuist naar een locatie waar de dienst niet kan worden geleverd.

O. Overmacht

In art. 14 van de algemene voorwaarden van XS4ALL is bepaald wanneer er sprake is van overmacht en wat de consequenties zijn:

> '14.1 Onder overmacht wordt verstaan alle van buiten komende oorzaken die redelijkerwijs niet voorzienbaar waren en als gevolg waarvan XS4ALL niet in staat is haar verplichtingen jegens de klant na te komen. Hieronder zijn onder meer, maar niet uitsluitend, begrepen storingen in de verbinding met het internet, storingen in de telecommunicatie-infrastructuur, storingen in netwerken.
> 14.2 XS4ALL heeft het recht zich op overmacht te beroepen, indien de omstandigheid die (verdere) nakoming verhindert, intreedt nadat XS4ALL haar verbintenis had moeten nakomen.
> 14.3 Tijdens overmacht worden de leverings- en andere verplichtingen van XS4ALL opgeschort. Indien de periode waarin door overmacht nakoming van de verplichtingen door XS4ALL niet mogelijk is langer duurt dan twee (2) weken is ieder der partijen bevoegd de overeenkomst zonder rechterlijke tussenkomst te ontbinden, zonder dat voor de andere partij recht op schadevergoeding ontstaat.'

Naast XS4ALL hebben tien andere ISP's een bepaling over overmacht in hun algemene voorwaarden opgenomen. In die bepaling geven de ISP's in de eerste plaats aan wat ze onder overmacht verstaan: een tekortkoming die het gevolg is van omstandigheden die niet toerekenbaar zijn, een omstandigheid die niet te wijten is aan haar schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor haar rekening komt, geen aansprakelijkheid voor het uitblijven van of gebreken in de nakoming van haar verplichtingen onder deze overeenkomst, indien dit veroorzaakt wordt door omstandigheden die redelijkerwijs buiten haar macht liggen. Een tekortkoming in de nakoming kan UPC niet worden toegerekend indien sprake is van omstandigheden die de nakoming van de overeenkomst verhinderen en die krachtens de wet noch de geldende verkeersopvattingen aan UPC zijn toe te rekenen (Chello).

Vervolgens geven de ISP's meestal een niet-limitatieve opsomming van situaties wanneer er sprake kan zijn van overmacht. Tiscali doet dit uitvoerig:

> '17.1 […] zoals (maar niet beperkt tot) internationale conflicten, gewelddadige of gewapende acties, maatregelen van enige overheid, arbeidsongeregeldheden onder het personeel van Tiscali of enige derden die diensten aan Tiscali leveren, boycotacties, vertraging of andere onvolkomenheden aan de zijde van derden van wie Tiscali op enigerlei wijze afhankelijk is, storingen in de elektriciteitsvoorziening, storingen in de verbindingen met het internet, storingen in het telefoonnet van de betrokken telecommunicatie maatschappij(en), volledige bezetting van de inbellijnen, uitval van de elektriciteit en andere storingen die buiten de macht van Tiscali liggen, communicatieverbindingen of apparatuur van Tiscali of enige derden die diensten aan Tiscali leveren.'

Vuurwerk geeft de volgende opsomming:

> '14.a […] Van overmacht is ondermeer sprake indien Vuurwerk niet aan haar verplichtingen kan voldoen vanwege oorlog(sgevaar), oproer, molest, brand,

waterschade, vorst, overstroming, aardbeving, werkstaking, bedrijfsbezetting, uitsluiting, overheidsmaatregelen, defecten aan apparatuur, storing in levering van energie, storingen in communicatieve verbindingen inclusief telecommunicatieve verbindingen, verandering in toepasselijke wet- of regelgeving.'

Alleen XS4ALL heeft in haar algemene voorwaarden opgenomen wanneer (op welk moment) zij het recht heeft zich op overmacht te beroepen.

De consequenties van overmacht zijn veelal ook neergelegd in de algemene voorwaarden. Zo bepalen Demon, Freeler, EuroNet, Casema en Chello dat indien zij door overmacht niet aan hun verplichtingen tegenover de klant kunnen voldoen, die verplichtingen worden opgeschort voor de duur van de overmachttoestand. In geval van overmacht kan de afnemer Vuurwerk nimmer op haar verplichtingen aanspreken. Wanneer Tiscali wegens een niet toerekenbare tekortkoming voor een periode langer dan twee maanden achtereen niet aan haar verplichtingen kan voldoen, zijn zowel Tiscali als de abonnee bevoegd de overeenkomst door middel van een schriftelijke verklaring op te zeggen.

6 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

In deze bijlage is een overzicht gegeven van de wijze van totstandkoming van ISP-overeenkomsten en de opbouw en de inhoud van de algemene voorwaarden die door ISP's worden gehanteerd in ISP-overeenkomsten. De structuur en de inhoud van de algemene voorwaarden van de onderzochte ISP's vormt feitelijk referentiemateriaal voor het proefschrift.[119]

119 In hoofdstuk 3 van het onderzoek 'Totstandkoming van ISP-overeenkomsten' komt onderdeel B bijvoorbeeld nader aan de orde. In hoofdstuk 4 'Inhoud van ISP-overeenkomsten' komen de onderdelen A, D, E, F, G, H, J, K, L en M nader aan de orde. En in hoofdstuk 5 'Beëindiging van ISP-overeenkomsten' komen de onderdelen C en N nader aan de orde. In hoofdstuk 6 'Aansprakelijkheid in ISP-overeenkomsten' staan de onderdelen I en O centraal waarbij de onderdelen G, H en L een belangrijke rol spelen.

Lijst van aangehaalde literatuur

Allen 1999
J.J. Allen, De consument en de opmars van de mobiele telefonie. Opzegmogelijkheden van mobiele telefonie-abonnementen nader getoetst, *TvC* 1999, p. 153-161.

Asser-Hartkamp 4-II 2005
Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Verbintenissenrecht Deel 4-II, Algemene leer der overeenkomsten*, 12e druk, bewerkt door A.S. Hartkamp m.m.v. C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer, 2005.

Asser-Hijma 5-I 2001
Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Bijzondere overeenkomsten Deel 5-I, Koop en ruil*, 6e druk, bewerkt door Jac. Hijma, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001.

Asser-Vranken 2005
Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Algemeen deel, een vervolg*, Deventer: Kluwer, 2005.

Beekhuis 1953
J.H. Beekhuis, *Contract en contractsvrijheid*, Groningen: J.B. Wolters, 1953.

Van den Berg 1998
J. van den Berg, De consument en de opmars van de mobiele telefonie. Opzegmogelijkheden van mobiele telefonie-abonnementen wettelijk getoetst, *TvC* 1998, p. 89-102.

Brochure gedragscodes 2002
Gedragscodes, bescherming van persoonsgegevens door zelfregulering, College Bescherming Persoonsgegevens, oktober 2002, te downloaden op <www.cbpweb.nl>.

Brownlee & Pollmann 1996
L.M. Brownlee & J. Pollmann, 'Contracteren met internet content-, service-, en access providers', in: B.N. Westerbrink (red.), *Juridische aspecten van het Internet*, Amsterdam: Otto Cramwinckel, 1996, p. 121-131.

Brunner & de Jong 2004
C.J.H. Brunner & G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer, 2004.

Buijs & Molenaar 2005
T.S.F. Buijs & D. Molenaar, Ordening helpt: het ICT-klachtenrecht moet beter worden geregeld, *Computerrecht* 2005, p. 130-134.

Chavannes 2003
R.D. Chavannes, Hype of echte link? De hyperlinkaansprakelijkheid van informatieaanbieders, internetaanbieders en zoekmachines, *JAVI* 2003, p. 2-10.

Van Dam e.a. 1994
C.C. van Dam, B. Wessels, H.J. Bakker & T.H.M. van Wechem, *Opdracht en dienstverlening*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994.
Van Dam 1989
C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (diss. Utrecht UU), Deventer: Kluwer 1989.
Diephuis 2000
W. Diephuis, Hoe gratis is gratis interent?, *Privacy & Informatie* 2000, p. 258-265.
Drion & Van Wechem 2002
C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2002, p. 437-455.
Drion 2001
C.E. Drion, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2001, p. 425-433.
Drion 2000
C.E. Drion, Consumentenbescherming bij e-commerce: een (dreigende) wassen neus?, *Contracteren* 2000, p. 34-35.
Drion 1998
C.E. Drion, Aansprakelijkheid van Internetproviders en de rol van de Nederlandse overheid, *Regelmaat* 1998, p. 169-180.
Drion & Linnemann 1996
C.E. Drion & J.J. Linnemann, Aansprakelijkheidskwesties en andere uitdagingen van het Internet aan de nationale rechtsorde, *NJB* 1996, p. 1734-1740.
Van Dunné 2004
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel I Contractenrecht*, Deventer: Kluwer, 2004.
Duyvensz 2003
J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van exoneratieclausules* (diss. Tilburg UT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003.

Van Eijk 2006
N.A.N.M. van Eijk, 'Telecommunicatierecht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris, 2006, p. 351-362.
Ekker & Van Daalen 2003
A. Ekker & O. van Daalen, De provider als speurhond van de muziekindustrie. Kan hij gedwongen worden tot afgifte van identificerende informatie?, *JAVI* 2003, p. 129-134.
Ekker 2002
A. Ekker, Anonimiteit en uitingsvrijheid op het Internet; het onthullen van identificerende gegevens door Internetproviders, *Mediaforum* 2002, p. 348-351.
Van Esch 2006
R.E. van Esch, *Juridische aspecten van elektronische handel*, Deventer: Kluwer, 2006.
Van Esch 2004 A
R.E. van Esch, 'Elektronische handel', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild, *Recht en Computer*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 151-192.
Van Esch 2004 B
R.E. van Esch, De Aanpassingswet elektronische handel, *Computerrecht* 2004, p. 107-115.

Van Esch 2003
R.E. van Esch, De betrekkelijke waarde van de Wet elektronische handtekeningen voor de elektronische handel, *Computerrecht* 2003, p. 337-345.
Van Esch 2002
R.E. van Esch, Elektronisch contracteren en de aanpassingswet inzake elektronische handel, *NTBR* 2002, p. 430-438.
Van Esch 2001
R.E. van Esch, Recente ontwikkelingen in het vermogensrecht op het terrein van de elektronische handel, *WPNR* 2001, p. 373-381.
Van Esch & Bramer 2000
R.E. van Esch & Chr.P.G. Bramer, Algemene voorwaarden en informatieplicht in cyberspace, *Computerrecht* 2000, p. 283-288.
Van Esch 1999
R.E. van Esch, *Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht*, (diss. Utrecht UU), Serie Onderneming en Recht deel 14, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.

Feenstra & Ahsmann 1988
R. Feenstra & M. Ahsmann, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer, 1988.
Filott 2000
W.H.G.A. Filott, *Algemene bankvoorwaarden*, Deventer: Kluwer, 2000.
Freytag 2000
S. Freytag, Providerhaftung im Binnenmarkt. Verantwortlichkeit fur rechtswidrige Inhalte nach der E-Commerce-Richtlinie, *Cri* 2000, p. 600-609.
Franken 2004
H. Franken, 'Juridisch theoretische achtergronden', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild, *Recht en Computer*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 35-77.
Franken 1998
H. Franken, 'Interventies met betrekking tot het preadvies van prof. dr. A.W. Koers', in: *Verslag van de op 12 juni 1998 te Rotterdam gehouden algemene vergadering over: Recht en Internet, Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging, Deel II*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, p. 13-18.

Gardeniers 2002
H. Gardeniers, Bedreigt de internetprovider uw privacy?, *AA* 2002, p. 378-384.
Gijrath & Kolthek 2002
S.J.H. Gijrath & R.J. Kolthek, Wetsvoorstel elektronische handel: Gemiste kansen bij elektronisch contracteren?, *Computerrecht* 2002, p. 352-360.
Girot 2001
C. Girot, *User protection in IT Contracts, A Comparative Study of the Protection of the User Against Defective Performance in Information Technology* (diss. Tilburg UT), The Hague: Kluwer Law International, 2001.
De Graaf 2006
T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden UL), Deventer: Kluwer, 2006.
Grosheide 2006
F.W. Grosheide, 'E-commerce', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris, 2006, p. 327-350.

Hammerstein 1996
A. Hammerstein, 'De opzegging als juridisch precisie-instrument', in: *Oprecht*, Struykenbundel, Zwolle 1996, p. 103-110.
Harteveld & Van der Neut 1996
A.E. Harteveld & J.L. van der Neut, Internetproviders in de strafrechtelijke gevarenzone, *DD* 1996, p. 426-439.
Hartlief 2002
T. Hartlief, VNP/Havrij: algemene voorwaarden en informatieplicht, *AA* 2002, p. 268-276.
Hartlief & Tjittes 2002
T. Hartlief & R.J. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, *NJB* 2002, p. 1493-1500.
Hijma e.a. 2004
Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer, 2004.
Hijma 2004
Jac. Hijma 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: Jac. Hijma & W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, Preadviezen Burgerlijk Recht deel 18, Deventer: Kluwer, 2004, p. 5-86.
Hijma 2003
Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*. *Monografieën Nieuw BW B55*, Deventer: Kluwer, 2003.
Hijmans 2000
H. Hijmans, Aansprakelijkheid op het Internet na de totstandkoming van richtlijn 2000/31/EG, *Computerrecht* 2000, p. 234-239.
Hoeren 1989
T. Hoeren, *Softwareüberlassung als Sachkauf. Ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware* (diss. Universiteit van Münster), Verlag C.H. Beck, München 1989.
Van der Hof 2002
S. van der Hof, *Internationale on-line overeenkomsten. Internationaal privaatrechtelijke aspecten van on-line business-to-business en business-to-consumer overeenkomsten in Europa en de Verenigde Staten* (diss. Tilburg UT), 2002.
Hondius 2006
E.H. Hondius, 'Geschillencommissies', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris, 2006, p. 471-491.
Hondius 1978
E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden. Rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraktsbedingen en overheidstoezicht daarop* (diss. Leiden UL), Deventer: Kluwer, 1978.
Van Hoogstraten 2005
M.H. van Hoogstraten, Wohin… Vragen over het nieuwe Voorstel tot wijziging van de Arbitragewet, *TvA* 2005, p. 23-25.
De Hoon 2005
M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg UT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2005.
Hugenholtz & Koelman 1999
P.B. Hugenholtz & K.J. Koelman, *Copyright aspects of caching*, Dipper (Digital intellectual property practice economic report), 30 september 1999.

Hugenholtz 1998
P.B. Hugenholtz, 'Het Internet: het auteursrecht voorbij?', in: *Recht en Internet. Handelingen van de Nederlandse Juristen Vereniging, Deel I, preadviezen,* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, p. 201-261.

Huisjes 2005
S.C. Huisjes, 'Hoofdstuk 7 Eindgebruikersbelangen', in: *Tekst en Commentaar Telecommunicatierecht*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 199-210.

Huisjes 2002
S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht, De privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening* (diss. Leiden UL), Deventer: Kluwer, 2002.

Jongeneel 1991
R.H.C. Jongeneel, *De wet algemene voorwaarden en het AGB-Gestez* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer, 1991.

De Jongh & Siemerink 2002
W.Z. de Jongh & L.A.R. Siemerink, Amerikaanse en Finse elementen voor de Nederlandse implementatie van de Richtlijn inzake elektronische Handel, *Computerrecht* 2002, p. 12-20.

Julia-Barcelo & Koelman 2000
R. Julia-Barcelo & K.J. Koelman, Intermediary liability. Intermediary liability in the E-commerce Directive: so far so good, but it's not enough, *Computer & Law Security Report* 2000, p. 231-239.

Julia-Barcelo 1998
R. Julia-Barcelo, Liability for On line Intermediaries: A European Perspective, *E.I.P.R.* 1998, p. 453-463.

Kabel 2003
J. Kabel, Spam: A Terminal Threat to ISP's? The legal position of ISP's concerning their Anti-Spam Policies in the EU after the Privacy & Telecom Directive, *Cri* 2003, p. 6-10.

Kabinetsnota KWINT 2001
Kwetsbaarheid op internet. Samen werken aan meer veiligheid en betrouwbaarheid, Ministerie van Verkeer en Waterstaat en Ministerie van Economische Zaken, juli 2001.

Kaspersen & Lodder 2004
H.W.K. Kaspersen & A.R. Lodder, De strijd tegen spam en het geworstel van de wetgever, *Computerrecht* 2004, p. 116-125.

Kaspersen, Stuurman, Van Duuren & Neppelenbroek 1999
H.W.K. Kaspersen, C. Stuurman, N.A.H. van Duuren & E.D.C. Neppelenbroek, *Contracten van Internetproviders: een adequate basis voor zelfregulering?*, ITeR nr. 21, Deventer: Kluwer, 1999.

Kaspersen 1998
H.W.K. Kaspersen, Twee keer provider-aansprakelijkheid, *Computerrecht* 1998, p. 235-237.

Kaspersen 1996
H.W.K. Kaspersen, Aansprakelijkheid van Internet-providers, *Computerrecht* 1996, p. 9-13.

Kersemakers 1999
S.J.M.G. Kersemakers, 'De Europese richtlijn inzake overeenkomsten op afstand: de consument afdoende beschermd?', in: *Privaatrecht in de 21e eeuw. De elektronische snelweg*, een uitgave van Kluwer in opdracht van het Ministerie van Justitie, Den Haag 1999, p. 9-22.

Knobbout-Bethlem 1992
CH.E. Knobbout-Bethlem, *Konsumentgericht elektronisch betalingsverkeer. Enige juridische aspekten van de verhouding bank-konsument* (diss. Utrecht UU), Deventer: Kluwer, 1992.

Koelman 1998
K.J. Koelman, Wat niet weet, wat niet deert: civielrechtelijke aansprakelijkheid van de internet provider, *Mediaforum* 1998, p. 204-213.

Koers 1998
A.W. Koers, 'Internet in kort bestek. Van technisch tot sociaal systeem', in: *Recht en Internet. Verkenningen op het gebied van het Internationale Privaatrecht, het Strafrecht en het Auteursrecht. Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging, Deel I*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, p. 1-57.

De Koning & Van Boxtel 2001
M. de Koning & C. van Boxtel, In hoeverre is een internet service provider aansprakelijk voor virussen?, *Juridisch up to Date* 2001, p. 21-27.

Kortmann 1988
S.C.J.J. Kortmann, Exoneratiebedingen, *TPR* 1988, p. 1205-1252.

Lenselink 2005
B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht; Een rechtsvergelijkend onderzoek naar overdracht en licentieverlening in auteursrechtelijke exploitatieverhoudingen naar Nederlands, Duits en Amerikaans recht* (diss. Utrecht UU), Den Haag: Sdu, 2005.

Van Lingen 2002
N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Martinus Nijhoff, 2002.

Lodder & Bergfeld 2002
A.R. Lodder & J.P.R. Bergveld, De moeizame strijd tegen spam, *NJB* 2002, p. 1050-1057.

Loos 2006
M.B.M. Loos, 'Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris, 2006, p. 61-91.

Loos 2004
M.B.M. Loos, De informatieplicht bij algemene voorwaarden: tijd voor herziening van een ondeugdelijke regeling, *Contracteren* 2004, p. 30-35.

Loos 2001
M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden. Beschouwingen over het huidige recht en de mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2001.

Loos 1998
M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst. Algemene voorwaarden voor de levering van energie aan consumenten* (diss. Utrecht UU), Deventer: Kluwer, 1998.

Nas 2004
S. Nas, *The Multatuli Project ISP Notice & take down*, oktober 2004 (raadpleegbaar via www.bof.nl).
Nas 2001
S. Nas, De privacy-spagaat, *Mediaforum* 2001, p. 334-338.
Van der Net 2002
C.B. van der Net, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van internetproviders na de Richtlijn elektronische handel, *JAVI* 2002, p. 10-15.
Van der Net 2000
C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht* (diss. Leiden UL), Gouda Quint, 2000.
Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2004
J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer, 2004.
Nieuwenhuis 1979
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden UL), Deventer: Kluwer, 1979.
Nouwt 2001
J. Nouwt, E-commerce en het verwerken van persoonsgegevens, *WPNR* 2001, p. 421-429.

Oosterveen 1999
W.J.G. Oosterveen, 'Aansprakelijkheid van service providers', in: *Privaatrecht in de 21e eeuw. De elektronische snelweg*, Een uitgave van Kluwer in opdracht van het Ministerie van Justitie, Den Haag 1999, p. 77-80.

Van de Paverd 1999
C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten. Een onderzoek naar regels betreffende de opzegging van duurovereenkomsten, in het bijzonder de grondslagen daarvan* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer, 1999.
Phoelich 2004
L.N. Phoelich, Toetsing van de algemene voorwaarden bij verkoop op internet. Enige kanttekeningen bij de collectieve actie van HCC tegen Dell, *JAVI* 2004, p. 9-15.
Prins & Gijrath 2000
J.E.J. Prins & S.J.H. Gijrath, *Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel,* Studiepocket Privaatrecht nr. 61, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2000.

Rapport gegevensvergaring in strafvordering 2001
Rapport van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij, *Gegevensvergaring in strafvordering. Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek*, mei 2001.
Rapport klant in het web 2000
M.J.T. Artz & M.M.M. van Eijk, *Klant in het web. Privacywaarborgen voor internettoegang*, Registratiekamer, juni 2000.
Rapport de digitale economie 2003
Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), *De digitale economie*, Voorburg/Heerlen, 2003.

Rapport Electronisch Zakendoen 2003
H.A.J. Snelders & A.M.D. Eecen, *Electronisch Zakendoen*, Ministerie van Economische Zaken, februari 2003.
Rijken 2006
G.J. Rijken, 'Ontstaan en positie van het consumentenrecht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris, 2006, p. 21-29.
Rijken 2001
G.J. Rijken, Saladin/HBU: het startpunt van een 'juridisch brede' toetsing van exoneratieclausules, *NTBR* 2001, p. 347-350.
Rijken 1998
G.J. Rijken, De bestrijding van exoneratieclausules in algemene voorwaarden in handelszaken, *NTBR* 1998, p. 361-369.
Rijken 1983
G.J. Rijken, *Exoneratieclausules. Een analyse van de omstandigheden van welker waardering het afhangt of een beroep op een exoneratieclausule vrijstaat* (diss. Utrecht UU), Serie Recht en Praktijk nr. 38, Deventer: Kluwer, 1983.
De Roos & Wissink 1996
Th.A. de Roos & L.W. Wissink, Uitingsdelicten op het Internet en strafrechtelijke repressie, *NJB* 1996, p. 1728-1733.

Sandee 1995
F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabrikantenkoop* (diss. Rotterdam EUR), Arnhem: Gouda Quint, 1995.
Sander 2001
C.J. Sander, *Consumentenbescherming bij transacties op afstand*, ITeR nr. 44, Den Haag: SDU Uitgevers, 2001.
Sauerwein & Linnemann 2001
L.B. Sauerwein & J.J. Linnemann, *Handleiding voor verwerkers van persoonsgegevens*, Ministerie van Justitie, Den Haag, januari 2001.
Van Schaick 1994
A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid: beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak* (diss. Tilburg UT), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994.
Schellekens 2001
M.H.M. Schellekens, *Aansprakelijkheid van Internetaanbieders* (diss. Tilburg UT), 2001.
Schmidt & Mommers 2004
A.H.J. Schmidt & L. Mommers, 'Informatie en communicatie', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild, *Recht en Computer*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 1-34.
Schuijt 1998
G. Schuijt, Wet computercriminaliteit II: van uitgever en drukker naar tussenpersoon, *Mediaforum* 1998, p. 70-75.
Siemerink, Van Eijden & Van Esch 2006
L.A.R. Siemerink, M. van Eijden & R.E. van Esch, Uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid via disclaimers op een website, *Computerrecht* 2006, p. 143-149.
Siemerink 2004 A
L.A.R. Siemerink, Gebruik van algemene voorwaarden op een website, *IT-Monitor* 2004/10, p. 10-12.

Siemerink 2004 B
L.A.R. Siemerink, Notice and take down, *IT-Monitor* 2004/7, p. 11-13.
Siemerink 2004 C
L.A.R. Siemerink, Disclaimers op het internet, *IT-Monitor* 2004/2, p. 6-7.
Siemerink 2003 A
L.A.R. Siemerink, ISP-contracten en aansprakelijkheid, verslag symposium, *JAVI* 2003, p. 41.
Siemerink 2003 B
L.A.R. Siemerink, Symposium ISP-contracten en aansprakelijkheid, *Computerrecht* (kort nieuws) 2003, p. 100-102.
Siemerink 2003 C
L.A.R. Siemerink, Elektronische gedragscodes: een voorbeeld uit de praktijk, *Mediaforum* 2003, p. 318-323.
Siemerink 2003 D
L.A.R. Siemerink, Opsporing op het internet. De bijzondere opsporingsbevoegdheden infiltratie en pseudokoop toegepast op het internet, *JAVI* 2003, p. 122-128.
Siemerink 2002 A
L.A.R. Siemerink, ISP's en de Wet overeenkomsten op afstand, *TvC* 2002, p. 178-192.
Siemerink 2002 B
L.A.R. Siemerink, 'Hoofdstuk 5 Contracten over ICT', in: F.A.M. van der Klaauw-Koops & S.F.M. Corvers (red.), *Praktisch informaticarecht*, Groningen: Martinus Nijhoff, 2002, p. 87-100.
Siemerink 2002 C
L.A.R. Siemerink, Zakelijke en privé e-mail op de werkvloer, *IT-Monitor*, 2002/2, p. 8-9.
Siemerink 2001 A
L.A.R. Siemerink, Je kunt door de 'Internet-providers' het bos niet meer zien, *IT-Monitor* 2001/5, p. 8-9.
Siemerink 2001 B
L.A.R. Siemerink, Aansprakelijkheid serviceprovider van geval tot geval anders, *Automatisering Gids* 14 september 2001, p. 19.
Siemerink 2000 A
L.A.R. Siemerink, *De wenselijkheid en mogelijkheid van infiltratie en pseudokoop op het Internet*, ITeR-reeks nr. 30, Deventer: Kluwer, 2000.
Siemerink 2000 B
L.A.R. Siemerink, Bob logt in: infiltratie en pseudokoop op het internet, *Computerrecht* 2000, p. 141-147.
Siemerink 2000 C
L.A.R. Siemerink, Bob in Cyberspace, *Het Tijdschrift voor de Politie* 2000 7/8, p. 4-7.
Siemerink 2000 D
L.A.R. Siemerink, Zwaardmacht en het grensoverschrijdende Internet, *Computerrecht* 2000, p. 239-245.
Siemerink 1998
L.A.R. Siemerink, *Surfveilleren op het Internet. Kinderporno op het Internet voor het grijpen*, (doctoraalscriptie Leiden UL), 1998.
Snijders 2005
H.J. Snijders, Algemene beschouwingen bij het Voorontwerp tot herziening van de Nederlandse arbitragewetgeving, *TvA* 2005, p. 1-9.

Snijders 2001
H.J. Snijders, Het bereiken van een geadresseerde (per e-mail) (I en II), *WPNR* 2001 p. 433-440 en p. 457-461.
Spoor, Verkade & Visser 2005
J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer, 2005.
Steenbruggen 2001 A
W.A.M. Steenbruggen, Mag ik even kijken? Een netwerkkwestie van verantwoordelijkheid, *Computerrecht* 2001, p. 173-184.
Steenbruggen 2001 B
W.A.M. Steenbruggen, Stop bugging me! Internet service providers en virussen, *i&i* 2001, p. 12-18.
Strijbos 1985
J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten* (diss. Nijmegen KUN), Deventer: Kluwer, 1985.
Stutterheim 1996
R.H. Stutterheim, Abstracte toetsing van bedingen in massacontracten, Ambivalent gedrag bij massacontracten: maatpak of confectie?, *NJB* 1996, p. 1538-1546.
Stuurman, Kaspersen & Van Duuren 1998
C. Stuurman, H.W.K. Kaspersen & N.H.A. van Duuren, Een juridisch beeld van de algemene voorwaarden van Internet-providers, *TvC* 1998, p. 416-423.
Stuurman 2000
C. Stuurman, 'Contracteren in een elektronische omgeving: algemene voorwaarden, informatieplichten en consumentenbescherming', in: *Recht en elektronische handel*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 145-159.
Stuurman, Westerdijk & Sander 2000
C. Stuurman, R.J.J. Westerdijk & C. Sander, *De e-consument. Consumentenbescherming in de Nieuwe Economie*, Amsterdam: Reed Elsevier, 2000.
Stuurman & Wijnands 2000
C. Stuurman & H. Wijnands, 'Intelligent Agents: vloek of zegen? Een overzicht van juridische aspecten verbonden met de toepassing van intelligente softwaresystemen', in: *De e-consument. Consumentenbescherming in de Nieuwe Economie*, Amsterdam: Reed Elsevier, 2000, p. 21-39.

Terryn 2003
E. Terryn, Gedragscodes en labels in de elektronische handel, *Computerrecht* 2003, p. 283-294.
Thole & Verstegen 2002.
E. Thole & F. Verstegen, Consument krijgt meer rechten bij aankopen via internet, *Automatisering Gids* 19 april 2002.
Thole 1991
E.P.M. Thole, *Software, een 'novum' in het vermogensrecht. Beschouwingen over de positie van het auteursrecht op software in het vermogensrecht* (diss. Utrecht UU), Deventer: Kluwer, 1991.
Den Tonkelaar 1982
J.D.A. den Tonkelaar, *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen*, Studiepockets privaatrecht nr. 25, Zwolle: Tjeenk Willink, 1982.

Vinje 2001
Th.C. Vinje, The Emerging European Regime on ISP liability. Member states make progress implementing E-Commerce Directive, *CRi* 2001, p. 137-144.
Visser 1996
D.J.G. Visser, Het auteursrecht en de Internet provider, *AA* 1996, p 158-160.
Verdaas 2002
A.J. Verdaas, De opzegbaarheid van duurovereenkomsten: een pleidooi voor de contractsvrijheid (I en II), *WPNR* 2002, p. 599-606 en p. 626-631.
De Vries 2006
G.J.P. de Vries, 'Dienstverlening: de overeenkomst van opdracht', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris, 2006, p. 151-173.
De Vries 1993
G.J.P. de Vries, Van regelingen die rammelen; het einde van bijzondere overeenkomsten, *WPNR* 1993, p. 27-33.
De Vries 1990
G.J.P. de Vries, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten* (diss. Amsterdam UVA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990.
De Vries 1987 A
G.J.P. de Vries, 'Opzegging' en 'ontbinding' wegens wanprestatie van (duur)overeenkomsten in het zicht van het NBW: Begripsverwarring, *WPNR* 1987, p. 5-7.
De Vries 1987 B
G.J.P. de Vries, De onderscheiding tussen de begrippen 'bepaalde' en 'onbepaalde' tijd bij enige benoemde duurovereenkomsten, *RM Themis* 1987, p. 488-497.

Wefers Bettink 2001
H.W. Wefers Bettink, Bescherming van de consument op afstand: de Wet verkoop op afstand, *Contracteren* 2001, p. 20-22.
Wefers Bettink 2000
H.W. Wefers Bettink, Domeinnamen en algemene voorwaarden van providers, *Contracteren* 2000, p. 46-48.
Wessels e.a. 2002
B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, T.H.M. van Wechem, S.Y.Th. Meijer, C.R. Christiaans & S.G.M. Buys, *Praktijkhandleiding algemene voorwaarden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2002.
Wessels 2000
B. Wessels, Gebondenheid aan algemene bankvoorwaarden blijft problematisch, *WPNR* 2000, p. 875-876.
Wessels & Jongeneel 1997
B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Studiepocket Privaatrecht nr. 48, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997.
Westerdijk 1995
R.J.J. Westerdijk, *Productenaansprakelijkheid voor software: beschouwingen over de aansprakelijkheid voor informatieproducten* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer, 1995.
Wisman 2004
N. Wisman, Breidt hof aansprakelijkheid ISP's uit?, *Bb* 2004, p. 181-183.

Wit & Drion 2005
P. Wit & C.E. Drion, De Service Level Agreement: een bijzondere overeenkomst?, *Contracteren* 2005, p. 32-38.

Jurisprudentieoverzicht

Nederlandse jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 15 april 1966, *NJ* 1966, 302 m.nt. GJS (Sanders/Sanders).
- HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU).
- HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102 m.nt. GJS (Fokker/Zentveld).
- HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger).
- HR 13 februari 1976, *NJ* 1976, 343.
- HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 m.nt. GJS (Pseudo-vogelpest).
- HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 156 m.nt. ARB.
- HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Ermes c.s/Haviltex).
- HR 18 december 1981, *NJ* 1982, 71 (Van Kleef/Monster).
- HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 714 m.nt. G (Van der Meer/Smilde).
- HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 553 m.nt. G (Hooijen/Tilburgsche Hypotheekbank).
- HR 19 februari 1988, *NJ* 1989, 343 m.nt. CJHB (Droog/Bekaert).
- HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990, 439 (Mondia/Calanda).
- HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 583 m.nt. MMM (Liszkay/Harman).
- HR 8 maart 1991, *NJ* 1991, 396 (Staalgrit).
- HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 m.nt. PAS (Mattel/Borka).
- HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 m.nt. PAS.
- HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174 m.nt. PAS.
- HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389 m.nt. CJHB (Matatag/De Schelde).
- HR 31 december 1993, *S&S* 1994, 36 (Serra).
- HR 21 april 1995, *NJ* 1995, 437; *AA* 1997, p. 513 m.nt Van Dunné (Kakkenberg/Kakkenberg).
- HR 15 december 1995, *NJ* 1996, 319 (Heeren/Mertens).
- HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300 (Breevast).
- HR 16 februari 1996, *NJ* 1996, 394 (Van Dijk/Citibank).
- HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1 m.nt. CJHB; Hof Den Haag 27 juni 1996, *NJ-kort* 1996, 62; *TvC* 1996/4, p. 282-294 m.nt. L.J.H. Mölenberg, J.G.J. Rinkes en G.J. Rijken; *NTBR* 1996/7, p. 190-193 m.nt. E.H. Hondius (Consumentenbond/EnergieNed en Vewin).
- HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 63 m.nt. mr. R.E. Japikse (Gerling/Hanno).
- HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6; *AA* 1998, p. 602 m.nt. Hijma; Hof Amsterdam 7 mei 1998, *TvC* 1999/5, p. 338-341(Assoud/Nationale Sporttotalisator).
- HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 363 m.nt. ARB (Apeldoorn/Duisterhof).
- HR 29 mei 1998, *NJ* 1998, 641.
- HR 9 maart 1999, *NJ* 1999, 346 (Laster via internet).
- HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 602.
- HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 m.nt. JH (Geurtzen/Kampstaal).

- HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 120 (Latour/De Bruijn).
- HR 12 mei 2000, *VR* 2000, 188 (Interpolis/Peeten).
- HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 460.
- HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 385 m.nt. HJS (VNP/Havrij).
- HR 30 november 2001, *Rechtspraak.nl*, LJN: AD5317.
- HR 30 november 2001, *Rechtspraak.nl*, LJN: AD5318.
- HR 7 december 2001, *Rechtspraak.nl*, LJN: AD3961.
- HR 7 december 2001, *JOR* 2002, 44 (Geeris/Van Beusekom).
- HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 75 (Delfland/Stoeterij).
- HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 m.nt. JH (Bramer/Colpro).
- HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567 m.nt. JH.
- HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. prof. mr. C.E. du Perron.
- HR 12 maart 2004, *RvdW* 2004, 46; tevens in *Mediaforum* 2004/4, p. 123-133 m.nt. A.R. Lodder; Hof Amsterdam 18 juni 2002, rolnr. 468/02 SKG, *Rechtspraak.nl,* LJN: AE5514; *Computerrecht* 2002/5, p. 299-309 m.nt. J.J.C. Kabel; *Mediaforum* 2002/9, p. 293-298 m.nt. Q. Kroes; *JAVI* 2002/2, p. 63-66 m.nt. A.R. Lodder; Vzr. Rb. Amsterdam 7 maart 2002, KG 02/183P, *Rechtspraak.nl,* LJN: AD9917; *Mediaforum* 2002/4, p. 124-126 m.nt. Chr.A. Alberdingk Thijm; *Computerrecht* 2002/3, p. 152-157 m.nt. A.R. Lodder (XS4ALL/ABFAB).
- HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 585.
- HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 133; *Rechtspraak.nl*, LJN: AU4019; tevens in *Mediaforum* 2006/1, p. 17-21 m.nt. A. Ekker; zie ook J.J.C. Kabel, Commentaar op Lycos/Pessers, *Computerrecht* 2006/1, p. 1-3; Hof Amsterdam 24 juni 2004, rolnr. 1689/03; Rb. Haarlem 11 september 2003, *Rechtspraak.nl*, LJN: AL1882; *Computerrecht* 2003/6, p. 363-367 m.nt. A. Ekker; tevens in *Mediaforum* 2003/11/12, p. 378-381 m.nt. R.D. Chavannes; en in *JAVI* 2004/1, p. 29-31 m.nt. D.Bosscher (Lycos/Pessers).
- HR 16 december 2005, *NJ* 2006, 9; *Rechtspraak.nl*, LJN: AT2056; Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *Rechtspraak.nl*, LJN: AI5638; *Mediaforum* 2003/10, p. 337-342 m.nt. D.J.G. Visser; tevens in *Computerrecht* 2003/6, p. 350-358 m.nt. K.J. Koelman; Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, *Rechtspraak.nl*, LJN: AA1039; *IER* 1999/5, p. 206-207 m.nt. M. Vermeer; in zelfde blad is het vonnis zonder een noot, integraal opgenomen op p. 237-241; tevens in *Informatierecht/AMI* 1999/7, p. 110-115 m.nt. K.J. Koelman; *Mediaforum* 1999-7/8, p. 205-209 m.nt. D.J.G. Visser en in *Computerrecht* 1999/4, p. 200-205 m.nt. P.B. Hugenholtz; KG Pres. Rb. 's-Gravenhage 12 maart 1996, rolnr. 96/160, *A&V* 1996/5, p. 105-110 m.nt. Chr. H. van Dijk; *Computerrecht* 1996, p. 73-77 m.nt. D.W.F. Verkade en tevens in *Informatierecht/AMI* 1996/5, p. 96 (Scientology/XS4ALL).

Gerechtshoven

- Hof Arnhem 19 oktober 1993, *TvC* 1994/1, p. 27-30 m.nt. J.G.J. Rinkes (W/Coöperatieve Rabobank B.A.)
- Hof 's Hertogenbosch 2 januari 1995, *TvC* 1995, p 177-180.
- Hof Amsterdam 22 juni 2000, *IER* 2000, 54; Rb. Amsterdam 2 december 1999, *IER* 2000/2, p. 87-90 m.nt. J.J.C. Kabel, *IER* 2000/2, p. 94-95 (EuroNet/XS4ALL).
- Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2000, *Mediaforum* 2001/1, p. 18-20 m.nt. G.J. Zwenne; tevens in *Computerrecht* 2001/1, p. 39-46 m.nt. H.W.K. Kaspersen (Kinderpornozaak).

- Hof 's-Hertogenbosch 25 juli 2002, KG 2002, 259; *JAVI* 2004/1, p. 29-31 m.nt. D.Bosscher (Rutloh/Concept ICT).
- Hof Amsterdam 7 november 2002, rolnr. 762/02 SKG, *Rechtspraak.nl*, LJN: AF0091; *Mediaforum* 2003/1, p. 38-41 m.nt. A.H. Ekker; tevens in *JAVI* 2003/2, p. 69-70 m.nt. K.P. Evelein; *Computerrecht* 2003/1, p. 72-76 m.nt. L.F. Asscher; Vzr. Rb. Amsterdam 25 april 2002, KG 02/790 OdC, *Rechtspraak.nl*, LJN:AE1935; *Computerrecht* 2002/5, p. 309-311 en 313-315 m.nt. L.F. Asscher (XS4ALL/Deutsche Bahn).
- Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *Rechtspraak.nl*, LJN: AT1762; *TvC* 2005/4, p. 150-157 m.nt. 1. M.Y. Schaub en m.nt. 2 M.B.M. Loos; *Computerrecht* 2005, p. 266-285 m.nt. R.J.J. Westerdijk (HCC/Dell).
- Hof Amsterdam 15 juni 2006, *Rechtspraak.nl*, LJN: AX7579 (Brein/Techno Design).
- Hof Amsterdam 13 juli 2006, *Rechtspraak.nl*, LJN; AY3854; Vrz. Rb. Utrecht 12 juli 2005, *NJ* 2005, 387; *Rechtspraak.nl*, LJN: AT9073; *Computerrecht* 2005, p. 336-343 m.nt. A. Ekker (Brein/Chello e.a).

Rechtbanken

- Rb. Leeuwarden 22 maart 1956, *NJ* 1956, 460.
- Rb. Arnhem 13 januari 1994, *NJ-kort* 1994, 16 (Waterleidingbreuk).
- Ktg. Zwolle 19 september 1995, *Prg*. 1996, nr. 4447.
- Rb. Haarlem 10 juli 1996, *Computerrecht* 1996/5, p. 198-201 m.nt. P.B. Hugenholtz (PTT Nederland/Vuurwerk).
- Ktg. Rotterdam 6 december 1996 en 4 april 1997, *PRG* 1997, 4776.
- Ktg. Zaandam 12 februari 1998, *TvC* 1998, p. 114-115.
- Rb. Amsterdam 20 mei 1999, *Mediaforum* 1999/7-8, nr. 39 (Compuserve en Visser/ World Online).
- Rb. Amsterdam 21 mei 1999, *Computerrecht* 1999/4, p. 196-199 m.nt. H.W.K. Kaspersen (Strafzaak XS4ALL).
- Rb. Den Bosch 9 februari 2001, *NJ-kort* 2001, 19 (Atilla Service/Cafetaria le Marche).
- Rb. Den Haag 9 mei 2001, KG 01/362 Elronummer AB1514, *Rechtspraak.nl*, LJN: AB1514; *TvC* 2001/4, p. 321-326 m.nt. D. Hoefer (A. Groep e.a./Casema).
- Vrz. Rb. Amsterdam 20 juni 2002, KG 02/1073 OdC, *Rechtspraak.nl*, LJN: AE4427; *Computerrecht* 2002/5, p. 311-315 m.nt. L.F. Asscher (Deutsche Bahn/Indymedia).
- Vzr. Rb. Utrecht 9 juli 2002, KG ZA 02-563, *Rechtspraak.nl*, LJN: AE5537; *Computerrecht* 2002/5, p. 296-299 m.nt. W.A.M. Steenbruggen; tevens in *JAVI* 2002/2, p. 67-69 m.nt. W. Pors (Teleatlas/Planet Internet).
- Rb. Rotterdam 5 december 2002, KG 03/15, *Rechtspraak.nl*, LJN: AF2059; *Computerrecht* 2003/2, p. 149-153 m.nt. A.R. Lodder en in *JAVI* 2003/1, p. 18-21 m.nt. T.J. de Graaf (Netwise/NTS).
- Rb. Maastricht 6 augustus 2003, *Rechtspraak.nl*, LJN: AM8554.
- Rb. Middelburg 21 januari 2004, *Rechtspraak.nl*, LJN: AO2756.
- Rb. Haarlem 1 april 2004, *Rechtspraak.nl*, LJN: AO7187 (Lycos II/Pessers).
- Vzr. Rb. Amsterdam 24 augustus 2006, *Rechtspraak.nl*, LJN: AY6903.

BUITENLANDSE JURISPRUDENTIE

- Hof Brussel 13 februari 2001, *Mediaforum* 2001/5, p. 168-173 m.nt. K.J. Koelman; tevens in *Computerrecht* 2001/3, p. 144-150 m.nt. S. Cattoor en T. Heremans; Rb. Brussel 2 november 1999, *Computerrecht* 2000/1, p. 36-38 (Belgacom Skynet/IFPI).
- United States Court of Appeals 19 december 2003, no. 03-7015 (RIAA/Verizon).
- Rechtbank Brussel 26 november 2004, *Computerrecht* 2005/10 p. 65-71 m.nt. F. Petillion (SABAM/Tiscali).
- United States Court of Appeals 4 januari 2005, no. 03-3802 (RIAA/Charter Communications Inc.)

Trefwoordenregister

A

aanbod | 3.3, 4.4.2.1, 7.2.1.2
- aanbod elektronisch | 3.5
- aanbod ISP | 3.3.1
- aanbod op afstand | 3.4
- aanbod en de TW | 3.6

aanmeldingssite | 3.4.2, 3.4.4.2, 3.5.6, 3.7.2.2

Aanpassingswet inzake elektronische handel | 2.2.2, 6.2.1.2

aansprakelijkheid | 6.1, 7.3.4
- aansprakelijkheid en functies van ISP's | 6.2, 7.3.4.1
- aansprakelijkheid access | 6.2.4.1, 7.3.4.2
- aansprakelijkheid hosting | 6.2.4.2, 7.3.4.3
- aansprakelijkheid extra value | 6.2.4.3, 7.3.4.4
- aansprakelijkheid content | 6.2.4.4, 7.3.4.5

aanvaarding | 3.3, 4.4.2.1, 7.2.1.2
- aanvaarding elektronisch | 3.5
- aanvaarding klant | 3.3.2
- aanvaarding op afstand | 3.4
- aanvaarding en de TW | 3.6

aanvullende voorwaarden | 4.3.2.7, 4.4.2.6, 7.2.1.3

acceptable use policy | zie fair use policy

access | 2.3.2.1, 4.2, 6.2.4.1, 7.3.1.1, 7.3.4.2

algemene beginselen van behoorlijk ICT-gebruik | 1.3, 1.4, 4.3.2.5, 4.3.6, 6.2.4
- authenticiteit | 1.3.4
- beschikbaarheid | 1.3.1
- flexibiliteit | 1.3.5
- integriteit | 1.3.3
- transparantie | 1.3.6
- vertrouwelijkheid | 1.3.2

algemene informatieplichten | 3.5.2.1, 3.5.3, 3.5.7

algemene voorwaarden | 3.7, 4.2, 4.3, 4.3.1, 7.1
- aanvaarding algemene voorwaarden | 3.7.2.1
- criteria inhoud algemene voorwaarden | 4.3.7
- doorverwijzen in algemene voorwaarden | 4.3.2.7
- gebruiker van algemene voorwaarden | 3.7.2, 3.7.2.2, 4.3.2.4, 4.3.3, 4.3.7
- inhoud algemene voorwaarden onredelijk bezwarend | 4.3.1
- toepasselijkheid algemene voorwaarden | 3.7.2, 7.2.1.3
- wijze van totstandkoming algemene voorwaarden | 4.3.4
- wijziging algemene voorwaarden | 4.3.2.4, 4.4.3.1, 7.2.1.4

anti-virussoftware | 2.3.2.3, 6.2.4.3, 7.3.1.3

aspirant-klant | H3, 4.3.2.7, 7.2.1.2, 7.2.1.3

B

beëindiging | 5.3.3.3, 5.4, 7.2.2

beeld van de praktijk | 3.2, 3.4.4.2, 4.4, 6.3.2, bijlage

bedenktijd | 3.4.3, 3.4.4, 3.4.4.1

beveiliging | 4.3.2.5, 4.3.5, 6.2.4.2, 7.3.2, 7.3.3.1, 7.3.3.3, 7.3.4.1, 7.3.4.3

bewijsbedingen | 4.4.1.6

B2B | 3.5, 4.3.1, 4.3.2.5, 4.3.7, 4.5, 6.3.1.4, 6.3.2, 7.4

C
caching | 2.2.2.2, 2.3.1, 2.3.2.1, 4.3.2.5, 6.2.1.2, 6.2.4.1
chat | 2.3.2, 2.3.2.2, 2.4, 6.2.4.2, 7.3.1.2
content | 2.3.2.4, 4.2, 6.2.4.4, 7.3.1.4, 7.3.4.5
contractsduur | 5.2.2.3
contractsdwang | 4.4.2.6, 7.3.1.3
contractsvrijheid | 4.2, 4.3.1, 4.3.2.7, 4.3.7, 6.3.1, 7.2.1.2, 7.3.4

D
deeplinken | 3.5.2.1
definities | 7.2.1.1
dienst(en)/dienstenpakket | 2.3, 7.3.1
disclaimer | 6.2.4.4, 6.3.2.2, 7.3.4.5
domeinnaam | 2.2.1.3, 2.3.2.3, 2.4, 5.4.3.3, 6.2.4.3, 7.2.2.3, 7.3.1.3, 7.3.4.4
duurovereenkomst | 4.3.2.4, 4.3.2.5, 4.3.7, 5.2.1, 5.2.2.3, 5.2.2.4, 7.2.1.4, 7.2.2, 7.2.3
duurzame gegevensdrager | 3.4.3, 3.4.5, 3.6.2, 7.2.1.2

E
elektronische handtekening | 3.5.5
elektronische overeenkomst | 3.5.4
e-mail | 2.2.1.3, 2.3.2.2, 2.4, 6.2.1.2, 6.2.2.3, 6.2.4.2, 6.2.4.3, 7.3.1.2, 7.3.1.3, 7.3.4.3, 7.3.4.4
exoneratiebeding | 6.3, 6.3.1, 6.3.1.1, 6.3.1.2, 6.3.1.3, 6.3.1.4, 6.3.2
extra value | 2.3.2.3, 6.2.4.3, 7.3.1.3, 7.3.4.4

F
fair use policy | 4.3.2.7
filteren van informatie | 2.3.2.3, 6.2.4.3
functie(s) ISP's | 2.3, 6.2

G
gedragscodes | 3.5.2.2, 4.3.2.7, 6.2.3, 7.3.3.4
gelaagde normstelling | 4.3.2.7
gemengde overeenkomst | 4.3.2.3
geschillenbeslechting | 4.4.1.9, 7.2.4
grijze lijst | 4.3.1.1, 4.3.7, 4.4.2, 4.4.4

H
hardware | 1.3.5, 2.2.1.2, 7.2.1.1
helpdesk | 2.3.2, 2.3.2.3, 2.3.2.4, 2.4, 6.2.4.3, 6.2.4.4, 7.3.1.3, 7.3.4.4
herroepingsrecht | zie ontbindingsrecht
homepage | zie website
hosting | 2.2.2.3, 2.3.2.2, 4.2, 6.2.4.2, 7.3.1.2, 7.3.4.3
huurovereenkomst | 4.3.2.1

I
informatiemaatschappij | 2.2.2, 2.2.2.1, 2.2.2.3, 3.5, 3.5.1, 3.5.2, 3.5.2.1
informatieontvanger | 2.4
informatieplicht(en) | 3.4.2, 3.4.3, 3.4.5, 3.5.2, 3.5.2.1, 3.5.2.2, 3.5.3, 3.5.4, 3.5.7, 3.6.2, 3.6.3, 7.2.1.2
informatie- en communicatietechnologie | 1.2, 7.4
informatieverschaffer | 2.4, 6.2.1.2, 6.3.2.1
inspanningsverbintenis | 4.3.2.5, 6.2.4.1, 7.3.1.1, 7.3.2
instemming | 3.4.4.1

K
kernbeding | 4.2, 4.3.7, 4.4.1.1, 4.4.1.6, 4.4.2.2, 4.4.3.1, 5.3.3.4, 5.4.3.2, 5.4.3.3, 7.2.2.3, 7.2.3, 7.3.1, 7.3.6.3
klachten | 2.3.2.3, 4.4.1.7, 4.4.2.1, 6.2.3, 6.3.2.1, 7.3.1.3, 7.3.4.4
koopovereenkomst | 4.3.2.1, 4.3.2.3, 4.3.7, 4.4.3.1

L
licentie | 4.3.2.1,4.3.7, 4.4.2.6, 5.3.3.4, 6.3.2.1
log-in-procedure | 4.4.3.3, 6.3.2.2, 7.2.1.1, 7.3.1.5

M
marktpositie | 4.3.2.6, 4.3.7, 4.4.3.4
mere conduit | 2.2.2.1, 2.3.2.1, 6.2.1.2, 6.2.4.1

N
Nederlandse vereniging van internet providers (NLIP) | 2.3.1, 4.3.2.6, 4.3.2.7, 4.4.1.9
Netiquette | 4.3.2.7, 7.3.3.4
nieuwsgroep | 2.3.2, 2.3.2.2, 2.4, 6.2.4.2, 7.3.1.2
NLIP-gedragscode | 4.3.2.7
notice and take down procedure | 6.2.3, 7.3.4.3

O
ontbinding | 5.3, 5.3.2, 5.3.3, 5.3.3.4, 5.4.2, 7.2.2.2, 7.3.6.4
ontbindingsrecht | 3.4.2, 3.4.3, 3.4.4, 3.4.4.1, 3.4.4.2, 3.4.5, 5.3.3.1, 7.2.1.2
ontvangstbevestiging | 3.5.4, 3.5.7
opschorting | 5.3, 5.3.1, 5.3.3, 5.3.3.2, 5.3.3.4, 5.4.2, 5.4.3.2, 7.3.6.3
opzegging | 5.2, 5.2.1, 5.2.2, 5.4.1, 7.2.2.1
opzegtermijn | 5.2.1, 5.2.2.4, 7.2.2.1
overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten | 3.4.1, 3.4.4, 3.4.4.1, 3.4.5
overeenkomst van opdracht | 4.3.2.2, 4.3.2.3, 4.3.2.5, 4.3.7, 7.3.1.3, 7.3.2
overmacht | 4.3.2.5, 4.4.2.2, 5.3.2, 5.3.3.2, 5.3.3.4, 6.3.1.1, 6.3.1.2, 6.3.1.3, 7.3.5
overmachtbeding | 6.3.2.3

P
persoonsgegevens | 3.3.2, 3.4.4.1, 3.4.5, 3.5.2.2, 3.5.6, 4.3.2.7, 6.2.2.2, 6.2.4.1, 6.2.4.2, 7.3.4.2, 7.3.4.3, 7.3.7
portal-site | 1.1, 2.3.2.4, 2.4, 6.2.4.4, 7.3.1.4
prestatiebeperkingsbeding | 4.4.2.2
prijs | 3.4.2, 3.5.2.1, 3.6.2, 4.2, 4.3.2.1, 4.4.1.5, 7.2.3, 7.3.6.3
privacy | 3.5.6, 6.2.4.1, 6.2.4.2, 7.3.4.3, 7.3.7
privacyverklaring | 3.5.6, 4.3.2.7, 7.3.7
proxy-server | 4.3.2.5, 6.2.1.2, 6.2.4.1, 7.3.4.2

R
reflexwerking | 4.3.1.2
resultaatsverbintenis | 4.3.2.5, 4.4.2.2, 4.5, 7.3.1.1, 7.4
Richtlijn inzake elektronische handel | 2.2.2, 2.3.1, 3.4.5, 3.5, 3.5.2.2, 6.2.1.2

S
sanctie(s) | 3.4.3, 3.5.3, 3.5.7, 3.6.2, 3.8, 4.3.2.7, 5.3.3.4, 5.5, 7.2.2.2, 7.2.3, 7.3.6
schrijfruimte | 4.3.5, 7.2.2.1, 7.3.3.6
service level agreement (SLA) | 4.3.2.5
site | zie website
soft law | 4.3.2.7
software | 4.3.2.1, 4.3.2.3, 4.3.2.5, 4.4.2.6, 5.3.3.4, 6.2.4.1, 6.2.4.2, 7.2.1.2, 7.2.2.3, 7.3.1.1, 7.3.3.5, 7.3.4.6
spagaat(positie) | 6.2.2.1, 6.2.2.2, 6.2.4.2, 6.4, 7.3.4.6
spam | 6.2.2.3, 6.2.4.2, 6.2.4.3, 7.3.1.3, 7.3.3.4, 7.3.4.3
starterspakket | 3.3.2, 4.3.2.1
stilzwijgende verlenging | 3.6.2, 5.2.2.1, 7.2.2, 7.2.2.1
storing | 4.3.2.5, 4.4.2.2, 4.4.2.4, 6.2.4.1, 6.3.1.2, 6.3.1.3, 7.3.1.5, 7.3.4.3
subjectief criterium | 4.4.1.1, 4.4.1.9, 7.3.2, 7.3.6.6

T
techniek | 1.3.5, 6.2.4.1, 6.2.4.2, 6.2.4.3, 6.2.4.4, 6.3.1.3, 6.3.1.4, 7.2.1.4, 7.3.4.2
technologieonafhankelijk | 3.5, 7.4
telecommunicatie | 2.2.1.1, 3.6.1, 4.3.2.5, 6.2.2.2, 6.3.1.3, 7.3.3.5, 7.3.4.2
toegang | zie access
tussenpersoon | 1.1, 1.2, 2.2.2, 2.3.1, 6.2.3

V
verkeersgegevens | 4.3.2.7, 4.4.3.2, 6.2.4.1, 7.2.1.1
verplichtingen ISP | 4.3.2.3, 4.3.2.5, 4.4.1.1, 4.4.2.2, 4.4.2.3, 5.3.1, 5.3.3.4, 7.3.2, 7.3.4, 7.3.5
verplichtingen klant | 4.3.2.3, 4.3.2.7, 5.3.3.4, 7.3.3
verrassende bedingen | 4.3.6

virus(sen) | 4.3.2.3, 4.4.2.2, 6.2.4.1, 6.2.4.2, 6.2.4.3, 7.3.3.4, 7.3.4.2, 7.3.4.3
vrijwaring | 6.2.3, 6.3.1.1, 7.3.4, 7.3.4.1, 7.3.4.3, 7.3.4.4, 7.3.4.5, 7.3.4.6
vrijwaringsbeding | 6.3.2.1

W
wachtwoord | 3.3.2, 4.3.2.7, 6.2.4.4, 7.3.1.1, 7.3.1.4, 7.3.3.1
web-formulier | 3.3.2
website | 2.3.2, 2.3.2.1, 2.3.2.2, 2.3.2.3, 2.3.2.4, 2.4, 3.3.1, 3.3.2, , 6.2.4.1, 6.2.4.2, 6.2.4.3, 6.2.4.4, 7.2.1.2, 7.3.1.2, 7.3.1.3, 7.3.4.3, 7.3.4.5
weigeringsbeding | 4.4.1.1, 4.5, 7.2.1.2

Z
zelfregulering | 3.5.2.2, 4.3.2.7, 6.2.3
zorgvuldig gebruik | 4.3.5, 7.3.3.1
zwarte lijst | 4.3.1.1, 4.4.1, 4.4.1.1, 4.4.1.9, 4.4.4

Curriculum vitae

Leonie Anna Rika Siemerink

Leonie Siemerink voltooide het Atheneum aan de Haaksbergse Scholengemeenschap De Bouwmeester in 1992 en ging vervolgens Nederlands Recht studeren in Leiden. Zij studeerde in 1998 af in twee richtingen, civiel- en bedrijfsrecht. Tijdens haar studie nam zij deel aan een uitwisselingsprogramma met de University of Connecticut, School of Law in de Verenigde Staten. Na haar afstuderen is Leonie in dienst getreden bij eLaw@Leiden, het centrum voor recht in de informatiemaatschappij van de Universiteit Leiden. Eerst was zij onderzoeker ten behoeve van het ITeR-project 'De wenselijkheid en mogelijkheid van infiltratie en pseudokoop op het Internet'. In 2000 werd Leonie assistent in opleiding. Sinds 2005 is zij werkzaam bij de civiele sectie van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2005 en 2006 verschenen:

MI-84 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 554 2

MI-85 G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 107 8

MI-86 M.E. Koppenol-Laforce (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk,* Deventer: Kluwer, ISBN 90 13023 22 3

MI-87 A.P.A. Broeders, *Ontwikkelingen in de criminalistiek. Van vingerspoor tot DNA-profiel B van zekerheid naar waarschijnlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 576 3

MI-88 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1302 715 6

MI-89 T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels,* Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 130 2811 X

MI-90a L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel I: normen van vaagheid,* Deventer: Kluwer 2005

MI-90b L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90 1302 776 8

MI-91 R. Haveman & H. Wiersinga, *Langs de randen van het strafrecht,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 116 7

MI-92 P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht,* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 131 0.

MI-93 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 633 6

MI-94 W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter,* Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 063 7

MI-95 F. Hamburg, *Een computermodel voor het ondersteunen van euthanasiebeslissingen,* (diss. Leiden), Antwerpen: Maklu 2005, ISBN 90 4660 020 3

MI-96 J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2005, ISBN 90 5850 147 7

MI-97 J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 156 0

MI-98 A.O. Lubbers, M. Schuver-Bravenboer & H. Vording (red.), *Opstellen fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 212 5

MI-99 V. Van Den Eeckhout, C.J. Forder, E. Hooghiemstra, E. Nicolai & S.K. van Walsum, *Transnationale gezinnen in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 652 2

MI-100 Jubileumboek

MI-101 G.C. Coteanu, *Cyber Consumer Law. State of the Art and Perspectives*, (diss. Leiden) 2005, Roemenië: Humanitas 2005, ISBN 973 50 1106 9

MI-102 BWKJ-21: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis, L. Reurich & G.J.M. Verburg, *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 097 1

MI-103 A. Tsoutsanis, *Het merkdepot te kwader trouw*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 13 03252 4

MI-104 E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03328 8

MI-105 A. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept,* (oratie Leiden), Leiden: NJCM-boekerij 2006, ISBN 90 6750 046 1

MI-106 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde,* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 568 X

MI-107 N.J.H. Huls & Z.D. Laclé, *Meer macht voor de consument?*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 5454 697 2

MI-108 W. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 54547 12 X

MI-109 T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen,* Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 660 0

MI-110 N. Jungmann, *De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijk traject*, Leiden: Leiden University Press 2006, ISBN 90 8728 004 1

MI-111 R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, (diss. Leiden) 2006

MI-112 J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03837 9

MI-113 W. Huisman, M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht: nieuwe doelwitten en nieuwe strategieën*, Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 732 4

MI-114 A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03851 4

MI-115 T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 852 2

MI-116 Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 756 9

MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0

MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, (diss. Leiden).

MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek